مصباح الفقاهة

في المعاملات

من تقريرات بحث سماحة آية الله العظمى
السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي

تأليف
الميرزا محمد علي التوحيدي التبريزي

٧

بسم الله الرحمن الرحیم

مصابح الفقاهه - المکاسب المحرمه

كاتب:

آیت الله سید ابوالقاسم خوئی

نشرت فی الطباعة:

الفقاهه

رقمی الناشر:

مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

الفهرس

مصابح الفقاهه المكاسب المحرمه المجلد ۷

اشاره

شابک ۹۶۴-۷۰۸۱۹-۳-۲

پدیدآورنده(شخص) خویی، ابوالقاسم، ۱۳۷۱ -۱۲۷۸

عنوان مصباح الفقاهه فی المعاملات

تکرار نام پدیدآور تقریرالابحاث ابوالقاسم الموسوی "المحقق الخوئی"

مشخصات نشر قم: نشر الفقاهه، ۱۴۲۰ ق. = -۱۳۷۸ .

...عنوان... مصابح الفقاهه المکاسب المحرمه

بها ۷۰۰۰۰ریال(دوره)

یادداشت عنوان روی جلد: مصابح الفقاهه المکاسب المحرمه

یادداشت عربی

یادداشت کتاب حاضر در سالهای مختلف توسط ناشرین مختلف منتشر شده است

یادداشت کتابنامه به صورت زیرنویس

موضوع معاملات (فقه)

شناسه افزوده (شخص) توحیدی، محمدعلی، ۱۳۵۳ -۱۳۰۳ ، گردآورنده

رده کنگره ۱۹۰،BP،/خ۹م۱۳۷۸،۶

رده دیوئی ۲۹۷/۳۷۲

شماره مدرک م۷۹-۳۳۰۶

[تتمه كتاب الخيار]

[تتمه أقسام الخيار]

اشاره

الحمد للّه رب العالمين و الصلاه و السلام على أشرف بريته محمد و آله الطيبين الطاهرين و اللعنه الدائمه على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

اما بعد فهذا هو الجزء السابع من كتاب مصباح الفقاهه لشيخنا الأستاذ المرحوم المغفور الحاج ميرزا محمد على التوحيدى التبريزى رضوان اللّه تعالى عليه من تقريرات أبحاث فقيه الأمه فى جامعه الشريعه آيه اللّه العظمى المولى المعظم و المحقق الأعظم المرجع الدينى الأعلى الورع التقى السيد أبو القاسم الموسوى الخويى متع اللّه المسلمين عامه و المحصلين خاصه بطول بقاء وجوده الشريف، و أرجو من اللّه تعالى ان يمن علينا من فضله و أنعامه أن يوفقنى لطبع هذا الأثر العظيم لينتفع به عامه الطالبين و المحصلين و الحمد للّه أولا و آخرا و ظاهرا و باطنا حمدا دائما بدوام ملكه.

العبد الجانى على نفسه المفرط فى يومه و أمسه م ه د ى حاجيانى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴

قوله:

الخامس خيار التأخير

اشاره

أقول قال العلامه فى التذكره من باع شيئا و لم يسلمه إلى المشترى و لا قبض الثمن و لا شرط تأخيره و لو ساعه لزم البيع ثلاثه أيام فإن جاء المشترى بالثمن فى هذه الثلاثه فهو أحق بالعين، و ان مضت الثلاثه و لم يأت بالثمن تخيّر البائع بين فسخ العقد و الصبر و المطالبه بالثمن عند علمائنا اجمع،

و انما الكلام فى مدرك ذلك

اشاره

فقد ذكر وجوه لإثباته:

الأول: ذهاب المشهور اليه بل ادعى عليه الإجماع

و قد ذهب الشيخ الطوسى إلى البطلان و اختاره صاحب الحدائق عملا بظاهر الاخبار و تردد فيه الأردبيلى و فيه أن الشهره و الإجماع المنقول ليسا بحجتين فلا يكونان مدركا لذلك، كما هو واضح على أنا نمنع وجود الإجماع فى المقام مع ذهاب الشيخ و صاحب الحدائق و صاحب الكفايه إلى البطلان و تردد الأردبيلى فى ذلك.

الثانی: أن لزوم البیع هنا ضرری

بـل الضـرر هنا آکـد من الضـرر الموجب للخیار الغبن فیکون اللزوم مرتفعا و تقریب شـمول قاعـده الضـرر للمقام بجهات الجهه الأولی: ما ذکره فی التذکره من أن الصبر علی ذلک ضرر علی البائع فیثبت له الخیار.

الجهه الثانیه: أن المبیع هنا فی ضمان البائع و تلفه منه و لیس له التصرف فیه لکونه ملکا للغیر و هذا ضرر علی البائع.

الجهه الثالثه: أن حفظ المبیع علی البائع و هو ضرر علیه فلا بدّ ثبوت الخیار له لکی یرتفع الضرر بذلک.

أما الجهه الأولی: فیرد علیها أن الصبر علی البیع و ان کان ضـرریا الا أنه کسائر الدیون فلا ربط له بالخیار فانّ الخیار متعلق للعقد فالصبر علی الدین أو عدمه أجنبی عنه فلو قلنا بشمول القاعده للمقام ترتفع بها لزوم

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۵

الصبر علی الدیون و علیه فان قدرت علی المطالبه و الأخذ فیأخذ الثمن من المشتری و الا فیبقی فی ذمته کما هو واضح.

و علی الجمله ارتفاع وجوب الصبر عن البائع لا یوجب ثبوت الخیار بل له أن لا یصبر و یطلب الثمن من المشتری لا أن یکون له الخیار ان شاء فسخ العقد و ان شاء لم یفسخ.

و أما الجهه الثانیه: فیرد علیها أولا أن کون التلف علی البائع فی ثلاثه أیام أیضا ضرر علی

البائع فلا يختص ذلک بما بعد ثلاثه أيام و ثانيا أن كون تلف المبيع على البائع ضرر عليه فيرتفع بدليل لا ضرر و يكون ذلک تخصيصا لقاعده كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بايعه فلا مساس له بثبوت الخيار للبائع و يمكن أيضا رفع الضرر بالتقاص و هو ليس خيارا بل له مع ذلک مطالبه الثمن أيضا.

و من هنا ظهر الجواب عن الجهه الثالثه أيضا و يضاف الى جميع ذلک أنه لما ذا يختص الخيار بما بعد ثلاثه أيام فلا يجرى فيها أيضا مع أن شمول القاعده بالنسبه إليها و الى غيرها على حد سواء كما لا يخفى فافهم.

الوجه الثالث: الاخبار الكثيره المستفيضه

اشاره

فإنها تدلّ على أنه إذا باع أحد ماله و لا يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن أن الأجل بينهما ثلاثه أيام فإن أقبضه المشترى الثمن فبها و الا فلا بيع بينهما كما فى روايه «١» على ابن يقطين و لا بيع له أى المشترى كما فى غيرها من الروايات «٢» حيث استدل بها على ثبوت خيار التأخير للمشترى و لكن يرد عليه أنها ظاهره

---

(١) وسائل، ج ١٢، ص ٣٥٧، (ح ٣).

(٢) ابن الحجاج، وسائل، ج ١٢، ص ٣٥٦، (ح ٢)- زراره ح ١- ابن عمار (ح ۴).

فى بطلان البيع لا فى نفى اللزوم فان كلمه لا تنفى الجنس و كلمه البيع موضوعه للمبادله الخاصه فمن اين يستفاد نفى اللزوم.

و قد ذكرت وجوه لصرف ظهور هذه الاخبار الى نفى اللزوم.

الأول: ما ذكره المصنف من أن الروايات و ان كانت ظاهره فى بطلان البيع بتأخير الثمن

و لكن نستكشف من ذهاب المشهور الى ثبوت الخيار للبائع و عدم بطلان البيع أن المراد الجدى من تلک الروايات هو نفى اللزوم لا نفى الصحه، فيكون فهم العلماء و حلمه الأخبار نفى اللزوم مما يقرب هذا المعنى، لأنا نكشف من فهمهم أن المراد من تلک الاخبار هو نفى اللزوم لا نفى الصحه.

و فيه أن هذا يتم فيما إذا فهم هؤلاء الاعلام و حمله الاخبار من كلمه لا بيع المذكوره فى هذه الاخبار نفى اللزوم بحيث كان المنشأ لذهابهم الى هذا الرأى فهمهم ذلک من تلک الاخبار ابتداء و أما إذا كانت القرينه الخارجيه و التسالم الخارجى موجبه لحملهم تلک الأخبار على نفى اللزوم فلا يكون ذهابهم الى هذا موجبا لتقريب هذا المعنى فإن أبيت عن الثانى فلا أقل من

الاحتمال فلا يكون ذلك قرينه على اراده نفى اللزوم من تلك الاخبار على أنا نجزم بالوجه الثانى إذ لا

يتوهم أحد من أهل العرف و اللسان أن معنى لا بيع له أو بينهما هو نفى اللزوم، بل يراد من ذلك نفى الصحه كما هو واضح.

الوجه الثانى: ما ذكره المصنف أيضا من أن ذهاب المشهور الى ثبوت الخيار للبائع دون بطلان البيع بتأخير الثمن يوجب إجمال تلك الروايات

و ح ترجع الى استصحاب صحه البيع.

و فيه أنه ظهر جوابه مما تقدم فى الجواب عن الوجه الأول فإن الروايات ظاهره فى نفى الصحه بتأخير الثمن فكيف يكون ذهاب المشهور الى ذلك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۷

موجبا للإجمال فيكون الاستصحاب ساقطا هنا.

الوجه الثالث: ما يستفاد من كلام المصنف أيضا المذكور فى تلك الاخبار هو نفى البيع للمشترى

حيث قال (ع) لا بيع له و من الواضح أن نفى البيع حقيقه لا يمكن إلا بإراده نفى البيع من الطرفين و عليه فاما لا بد من ذكر كلا الطرفين فى متعلق نفى البيع أو ترك ذكر المتعلق أصلا لا- تخصيص الذكر بالمشترى فقط كما لا يخفى. فيعلم من ذلك أن المراد من نفى البيع نفى لزوم البيع و ثبوت الخيار للبائع و قد عبّر بذلك بعد ثبوت الخيار له يكون أمر البيع بيد البائع كما لا يخفى.

و فيه أن هذا الوجه و ان كان وجيها بالنسبه إلى الوجهين المذكورين و مع ذلك ليس بتمام لأنه أولا قد ذكر فى روايه على بن يقطين نفى البيع من الطرفين و هو مورد التفات المصنف أيضا.

و ثانيا أن تخصيص ذلك بالمشترى ليس من جهه اختصاص الحكم به بل من جهه أن مورد السؤال فى تلك الروايات هو المشترى فلذا خصّه الامام (ع) بالذكر لا أن ذلك من جهه كون أمر البيع بيد البيع (على أنه يمكن أن يقال أن عدم كون نفى البيع من جهه يمكن أن يكون قرينه لنفى البيع من طرف آخر أيضا لا- أن يكون قرينه لثبوت الخيار للبائع فإن الثانى ليس أرجح من الأول لو لم يكن الأول أرجح من الثانى فغايه الأمر تكون الروايات مجمله و ح فيرجع الى روايه على بن يقطين فى ترفع الاجمال عن بقيه

الروايات و يؤخذ بظاهرها و هو نفى صحه البيع من المقرر).

الوجه الرابع: ما ذكره شـيخنا الأسـتاذ (أن بعد القطع بأن تشريع هذا الخيار لخصوص البائع دون المشترى انما هو لأجل الإرفاق على البائع

اما لكون المبيع قبل القبض فى ضمانه و اما لتوقف ثمنه و عدم انتفاعه به مع خروج المبيع عن ملكه و على أى حال الإرفاق عليه لا يقتضى أزيد من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۸

خياره، بل ربما يكون الحكم بالبطلان منافيا له كما لا يخفى).

و فيه أنه لم يظهر لنا من الروايات أن نفى البيع هنا من جهه الإرفاق حتى نجعل ذلك موجبا لرفع اليد عن ظهور تلك الروايات و جعـل ذلـك حكمه بحسب الاعتبـار العقلى و ان لم يكن بعيـدا و لكن لا يوجب ذلك ترتب الأثر عليها بحيث ترفع اليـد بها عن ظهور الروايات أيضا، و على هـذا فنقول بكون ثلاثه أيام شـرطا فى صـحه البيع كما أن القبض فى المجلس شـرط فى صـحه بيع الصـرف و السـلم و على هذا فالصحيح هو بطلان البيع بتأخير الثمن كما ذهب اليه شيخ الطوسى ناسبا ذلك الى روايه الأصحاب و تبعه صاحب الحدائق طاعنا على العلامه حيث قال بصـحه البيع عملا بالاستصـحاب فافهم فان مقتضى الجمود فى ظاهر الأخبار هو ما ذهب إليه هؤلاء الاعلام من الشيخ و من تبعه.

الكلام فى شروط خيار التأخير

اشاره

ثم ان الكلام يقع فى شروط هذا الخيار و على مسلكنا فى شروط بطلان البيع بتأخير الثمن و هى أمور:-

الأول: عدم قبض المبيع

اشاره

بـأن لاـ يقبض البائع المبيع من المشترى، و الظاهر أنه لا خلاف فى اشتراطه و قـد خالف فى ذلك صاحب الرياض، و تبعه بعض معاصـرى المصـنف فأنكر دلاله الاخبار على هـذا الشـرط و لكن قوله عليه السـلام فى روايه على بن يقطين: (الأجل بينهما ثلاثه أيام فإن قبضه بيعه و الا فلا بيع بينهما) حجه عليه إذ المراد من البيع فى هذه الروايه هو المبيع.

و قد اعتذر المصنف عن صاحب الرياض فى دلاله الروايه على المقصود

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۹

بأنه يحتمل سقوط هذه الفقره من الروايه عن النسخه التى أخذها صاحب الرياض منها، أو احتمال قراءه قبض بالتخفيف و بيعه بالتشديد: يعنى قبض بايعه الثمن ثم أشكل عليه بأن استعمال البيع بالتشديد مفردا نادر بل لم يوجد مع إمكان إجراء أصاله عدم التشديد نظير ما ذكره فى الروضه من أصاله عدم المدّ فى لفظ البكاء الوارد فى قواطع الصلاه فإنه بالمدّ بمعنى البكاء مع الصوت و بالقصر هو البكاء بلا صوت فبأصاله عدم المدّ ينفى الأول و يبقى الثانى.

أقول: أما احتمال سقوط هذه الفقره من نسخه صاحب الرياض فبعيد جدا، و أما احتمال أنه قراء لفظ قبض بالتشديد و لفظ البيع بالتخفيف فمدفوع من جهه أن الأخبار الصادره عن الأئمه عليهم السلام قد وصل إلينا بواسطه الرواه يدا بيد و كانت عادتهم على نقل الأخبار بعد قراءه كل واحد منهم على أستاذه و استجازته منه، و لم يكن بينهم طريق آخر غير هذا الطريق لكى تحفظ به إشكال الألفاظ الوارده فى الروايات.

و

من الواضح جدا أن المشهور قد اعتبروا هذا الشرط استنادا الى هذه الروايه و لم ينكر أحد ذلك غير صاحب الرياض و بعض معاصرى المصنف فلو كان لفظ قبض بالتخفيف و لفظ البيع بالتشديد لأفتى أحد على مضمونه فيعلم من ذلك أن من احتمله المصنف من الوجه توجيها لكلام صاحب الرياض لا يمكن المساعده عليه، و هذا الذى ذكرناه هو الوجه فى جواب ما ذهب اليه صاحب الرياض من إنكار الشرط المذكور.

و أما ما ذكره المصنف أولا ـ من عدم استعمال لفظ البيع بالتشديد مفردا فيرده أنه لم يتفحص جميع لغه العرب حتى يرى أنه استعمل أولا فبعد كون اللفظ صحيح الصيغه فلا يضر عدم وجدانه فى الاستعمال المتعارفه على استعماله فى موارد خاص فيمكن أنه استعمل فى موارد آخر لم نصل إليها

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۰

على أنه انما يضر عدم الاستعمال إذا كان الإطلاق من السماعيات و ليس كذلك فى المقام فان البيع بالتشديد على وزن فعيل من الأوزان القياسيه فيصح استعماله على هذا القياس سواء وجد استعماله فى مورد آخر أم لا.

و أما ما ذكره من أصاله عدم التشديد لفظ البيع فمضافا الى معارضتها بأصاله عدم صدور لفظ البيع بالتخفيف عن الامام (ع) أن التشديد موجود فى الروايه على كل تقدير فإنه إذا قرءنا لفظ البيع بالتخفيف كان لفظ قبض بالتشديد فلصاحب الرياض أن نقول ان الأصل عدم كونه بالتشديد لكونه أمرا زائدا فالأصل عدمه على أن أصاله عدم كون البيع مشددا لا يثبت كونه مخففا فان كلا منهما أجنبى عن الأخر فيكون الأصلان معارضان كما عرفت.

نعم ما ذكره الشهيد من إجراء أصاله عدم المدّ فى لفظ البكاء فله وجه لكون

البكاء بالمدّ و القصر ماده واحده فيمكن اجراء عدم زياده المد هنا فان هذه الماده قد صدرت قطعا و لا ندرى أنها بالمدّ أو بالقصر فالأصل عدم المدّ.

و على الجمله، ان الجواب عن الرياض هو ما ذكرناه كما عرفت، و عليه فمقتضى الروايه هو اعتبار الشرط المذكور فى المقام فبناء على المشهور يكون ذلك شرط فى ثبوت الخيار فبناء على ما ذكرناه يكون شرطا فى بطلان البيع فلو باع أحد شيئا فلم يقبض المبيع و لم يأخذ ثمنه فينتظر ثلاثه أيام فإن جاء المشترى بالثمن و الا فللبائع الخيار أو يبطل البيع من الأول بعد ثلاثه أيام و كيف كان فالروايه صريحه فى هذا الشرط، نعم لا دلاله للروايات الأخر على ذلك.

و على الجمله فإطلاق روايه على بن يقطين حجه لنا و على صاحب الرياض و من هنا ظهر الحال فى الفرعين الآيتين: أحدهما أن يكون عدم قبض المشترى المثمن من جهه عدوان البائع بأن بذل المشترى الثمن للبائع

و لكنه امتنع من أخذه و اقباض المثمن. الثانى أن يأخذ المشترى المبيع بغير اذن البائع و اطلاعه مع عدم إقباض المشترى الثمن منه.

فذكر المصنف، ان ظاهر النص و الفتوى كون هذا الخيار إرفاقا للبائع و دفعا لتضرره فلا يجرى فيما إذا كان الامتناع من قبله و ذكر أيضا انه لو قبض المشترى المبيع على وجه يكون للبائع استرداده، كما إذا كان بدون اذنه فثبوت الخيار و عدمه مبنى على كفايه هذا المقدار من القبض فى ارتفاع الضمان عن البائع و عدمه فان قلنا بكفايه التخليه بين المال و مالكه فى رفع الضمان عن البائع إذا تلف لعدم كونه قبل

القبض سقط الخيار لعدم جريان قاعده نفى الضرر هنا و أما ضرر عدم وصول الثمن اليه فمدفوع بإمكان دفعه بالمقاصه و نحوه و إذا لم نقل بكفايه ذلك فى القبض بحيث كان ضمان المبيع إذا تلف على البائع لكونه قبل القبض كان له الخيار لتوجه الضرر عليه فتشمله قاعده نفى الضرر كما هو واضح.

أقول: قد عرفت فى الجواب عن شيخنا الأستاذ أن مقتضى إطلاق الروايات هو بطلان البيع و ليس فيها ما يدل على أن ذلك من جهه الإرفاق على البائع حتى نلاحظ ذلك فإذا تحقق فى مورد نحكم بثبوت الخيار و الا فلا، بل إطلاق الروايات حجه على ذلك، و عليه فمقتضى قوله عليه السلام فان قبضه بيعه و الا فلا بيع بينهما أن شرط لزوم البيع على المشهور و صحه البيع على ما اخترناه هو عدم تحقق الإقباض مستندا إلى البائع فإذا تحقق ذلك فلا خيار له، و صح البيع و الا فله الخيار أو بطل البيع سواء كان ضمان المبيع مع التلف على البائع أولا، فان الواجب علينا ملاحظه ظهور الروايه نعم لو كان مدرك هذا الخيار هو دليل لا ضرر لكان لابتناء المقام بالمسأله الاتيه وجه فإنه مع عدم ضمان المبيع على البائع ليس عليه ضرر و لكن قد عرفت الجواب عنه و أن المدرك لذلك انما هو الروايات كما عرفت و الّا فيمكن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۲

دفع الضرر بغير الخيار أيضا كالمقاصه و نحوها.

و الحاصل: أنه إذا باع أحد شيئا فلم يقبض إلى ثلاثه أيام فله الخيار أو بطل البيع سواء كان عدم الإقباض مستندا الى العدوان أو الى عدم دفع الثمن أو كان المشتري أخذه بدون

اقباض من البائع فان فی جمیع ذلک یصدق علیه أنه لم یقبض البائع المبیع کما هو واضح، فهذا الإطلاق متبع و الحکمه المذکوره مندفعه بهذا الإطلاق أیضا.

و حاصل الکلام: أن إطلاق روایه علی بن یقطین یقتضی اعتبار عدم اقباض المبیع فی خیار الشرط أو فی بطلان البیع کما عرفت و قد انتهی

الکلام الی فروع هذا الشرط.

الفرع الأول: هل یعتبر فی عدم ثبوت هذا الخیار عدم تحقق الإقباض الجائز

بحیث یجوز للبائع أن لا یقبض المبیع لعدم وصول الثمن الیه أو یشمل الحکم لمطلق عدم الإقباض و ان کان ذلک عن عدوان بان جاء المشتری الثمن و امتنع البائع عن أخذه و إعطائه المثمن قد عرفت أنه ذکر المصنف اختصاص الحکم بالصوره الأولی لأن هذا الحکم مبنی علی الإرفاق و هو منفی فی صوره العدوان و لا تشمله قاعده نفی الضرر أیضا لأنه امتنع عن الإقباض بنفسه فقد أقدم علی الضرر.

و لکن قد عرفت أن الاخبار المذکوره خالیه عن اعتبار الإرفاق فی الحکم و لا وجه لاعتباره هنا کما هو واضح.

و الذی یستفاد من الأخبار أمران الأول: أن یقبض البائع الثمن و قد دلت علی هذا عده من الروایات فعمدتها الصحیحه الأخیره فی کلام المصنف فمضمون تلک الأخبار أن المشتری إذا جاء بالثمن فبها و الا فلا بیع له.

و روایه علی بن یقطین قد دلت علی اعتبار أمر آخر وراء هذا الشرط و هو أن یقبض المبیع فلا تنافی بینها و بین تلک الروایات بوجه، لکی یتوهم

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۱۳

التعارض بینهما بالعموم من وجه بل مفاد روایه علی بن یقطین ان البیع یبطل من جهه أخری أو یکون خیاریا و هی عدم إقباض البائع مع عدم أخذ الثمن و أن أمکنه المشتری من ذلک کما أن بطلان

البيع من جهه الغرر مثلا- لا ينافى بطلانه من جهه انتفاء شرط آخر له و أن بطلانه مثلا للغرر، لا ينافى بطلانه أو خياريته من جهه عدم اقباض الثمن كما لا يخفى.

و على هذا فلا يفرق بين كون عدم إقباض جائزا كما فى صوره عدم دفع المشترى الثمن اليه أو عدوانيا كما إذا أمكنه المشترى من قبض الثمن و هو أى البائع لا يقبضه و لا يدفع اليه المبيع عدوانا فإنه ح أيضا يبطل البيع بعد ثلاثه أيام على المختار و يكون ذى خيارى على المشهور.

و أما الفرع الثالث: فقد عرفت الكلام فيه و هو أن يأخذ المشترى المبيع بدون اذن المالك

فقد ذكر المصنف أنه مبنى على المسأله الآتيه من ارتفاع الضمان بمثل هذا القبض و عدمه فإنه مع ارتفاع الضمان بذلك لا يتوجه دليل نفى الضرر كما هو واضح و قد ذكرنا أنه يصح بناء على كون المدرك فى المقام هو دليل نفى الضرر و قد عرفت بطلانه بل المدرك لذلك هو الروايات و هى تدل على بطلان البيع أو تزلزله بدون اقباض المبيع بحيث يكون عدم الإقباض مستندا إلى البائع كما عرفت ذلك من إطلاق روايه على بن يقطين فافهم.

الفرع الرابع: أن يقبض البائع بعض المبيع

فهل هو كلا- قبض لظاهر الأخبار فإنها ظاهره فى قبض مجموع المبيع أو كالقبض فيحكم بالصحه على مسلكنا أو باللزوم على المشهور لانصرف الأخبار الى صوره عدم قبض شى ء منه أو يفصل بين الجزء المقبوض و غيره وجوه و حيث ان المصنف جعل مدرك الحكم دليل نفى الضرر فالتزم بالتفصيل لعدم تضرر البائع فى المقدار المقبوض و لكن قد عرفت جوابه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۴

و التحقيق هو اختيار التفصيل بوجه آخر و هو أنا ذكرنا مرارا أن المبيع إذا كان ذى أجزاء بحيث يعد فى العرف متعددا و باعه صفقه واحده فالبيع ينحل الى بيوع متعدده كانحلال الأحكام الاستغراقيه حسب تعدد الافراد الى أحكام عديده و يكون ذلك فى الحقيقه بيعان مستقلان و بهذا صححنا ما إذا باع شخص شيئا فظهر بعضه مستحقا للغير فحكمنا بصحته على طبق القاعده و هكذا ما إذا باع أحد الشاه و الخنزير أو الخمر و الخل صفقه واحده فإن البيع يصح فى ما يملك و يبطل فى غيره و كذا إذا باع مال غيره فأجاز المالك بعضه دون بعض أو كان المبيع لمالكين فأجاز مالك بعض

و لم يمض مالك البعض الآخر فان البيع فى جميع هذه الصور يصح فى جزء و يبطل فى الجزء الآخر و الوجه فى جميع ذلك هو انحلال البيع الى بيوع متعدده لانه واحدا بحسب الإنشاء لا فى الحقيقه كاتحاد الحكم الاستغراقى بحسب الإنشاء و تعدده فى الحقيقه و مع عدم القول بالانحلال أو فى الموارد التى لا يمكن القول بالانحلال فلا وجه أصلا للحكم بالصحه مطلقا كما شقّق المصنف بل لا بدّ من الحكم بالبطلان فان البيع بيع واحد فمع قبض بعض المبيع لا يصدق عليه اقباض المبيع كما أنه إذا غسل أحد رأسه لا يصدق عليه أنه غسل تمام بدنه بل ما لم يقبض البائع تمام المبيع إلى ثلاثه أيام بطل البيع أو كان البائع له الخيار كما لا يخفى فافهم

الشرط الثانى: عدم قبض البائع مجموع الثمن،

فقد ذكر المصنف أن هذا الشرط مجمع عليه نصا و فتوى و قبض البعض كلا قبض بظاهر الأخبار المعتضد بفهم أبى بكر العياش القاضى الذى ذكر ذلك فى روايه ابن الحجاج «۱» و هى أنه قال اشتريت محملا و أعطيت بعض الثمن و تركته عند

---

(۱) وسائل- ج ۱۲، ص ۳۵۶.

صاحبه ثم احتسبت أياما ثم جئت الى بائع المحمل لأخذه فقال قد بعته فضحكت ثم قلت: لا و اللّه لا أدعك أو أقاضيك، فقال لى: ترضى بابى بكر بن عيّاش؟ قلت: نعم، فأتيته فقصصنا عليه قصتّنا فقال أبو بكر: بقول من تريد أن أقضى بينكما بقول صاحبك أو غيره، قال: قلت بقول صاحبى، قال سمعته يقول من اشترى شيئا فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثه أيام و الّا فلا بيع له.

حيث ان مورد المحاكمه و

السؤال عن أبى بكر هو مورد بحثنا و قد حكم فيه أبى بكر بعدم البيع و استفاد ذلك من قول الامام عليه السلام، بل ذكر المصنف أنه ربما يستدل بهذه الروايه تبعا للتذكره و فيه نظر.

أقول: ان تم الإجماع على اعتبار قبض مجموع الثمن فى لزوم أو صحته فهو و الا فلا دليل على ذلك، و لكن الإجماع التعبدى لم يتم فإنه قد استدل بعضهم كالتذكره و غيره بالروايات تعبا لفهم أبى بكر بن عيّاش و مع تسليم أن أبا بكر بن العيّاش رجل صحيح ثقه، و لكن فهمه ليس بحجه لنا لعدم كونه معصوما قطعا و على هذا فان قلنا بالانحلال كما قلنا فى طرف البيع فيحكم باللزوم أو الصحه فى الجزء المقبوض و بالبطلان أو التزلزل فى الجزء الغير المقبوض و هذا هو الأقوى و الا فيحكم بالبطلان فى الجميع كما عرفت فى طرف المبيع و أما الصحه مطلقا فلا وجه له أصلا فافهم.

ثم انه لو قبض البائع الثمن بغير رضى المشترى فهل يحكم بسقوط الخيار أو بصحه البيع حينئذ لتحقق قبض الثمن فان من شرائط صحه البيع على المختار أو من شرائط لزومه على المشهور هو عدم تحقق قبض الثمن فإذا تحقق بأى نحو قد حصل الشرط أو أن هذا القبض كلا قبض فان الظاهر من الاخبار هو تحقق ذلك بالاختيار و الرضا من المشترى كما قلنا بلزوم تحقق اقباض المبيع باختيار البائع و رضاه و الا فيكون وجوده كعدمه.

نعم إذا مكّن البائع المشترى من المبيع و لم يقبض المشترى ذلك فإنه

حينئذ جاز للبائع أخذ الثمن من المشترى بأى نحو كان و لو بالجبر و

الإكراه فإنه حينئذ يجب على المشترى إقباض الثمن، و انما لم يقبض ذلك عدوانا بخلاف الفرع الأول فإن أخذ الثمن من المشترى بغير اذنه عدوان فلا يجوز و ان كان المال أى الثمن للبائع، و لكن ما لم يعطى المبيع للمشترى أو لم يمكّنه من المبيع ليس له شرعا أخذ ماله و المفروض أنه لم يقبضه و لم يمكنه أيضا من ذلك:

و بعباره أخرى أن المستفاد من الأخبار المتقدمه أنه إذا لم يترتب أثر البيع عليه و هو إقباض البائع المبيع و اقباض المشترى الثمن فلا يجب لكل منهما الإقباض و لا يجوز لكل منهما الأخذ من الآخر بدون اذن الآخر فان وجوب الإقباض أو جواز الأخذ و لو بغير اذن الطرف الآخر انما هو مشروط بإقباض أحدهما و الا فلا يجوز و قد ذكر فى الأخبار أنه لا بيع إذ لم يجئ المشترى الثمن و لم يقبض البائع المبيع و ظاهر ذلك كون كل منهما متحققا برضا الآخر كما لا يخفى. و هذا بخلاف ما إذا تحقق الإقباض من أحد الطرفين فإنه حينئذ يجب ترتيب أثر البيع عليه من الطرف الآخر أيضا و هو واضح جدا.

ثم أنه إذا أخذ البائع الثمن بغير رضى المشترى ثم أجاز المشترى فهل يكون ذلك موجبا لصحه البيع أو سقوط الخيار أم لا فنقول أن الإجازه قد تكون فى ضمن ثلاثه أيام و قد يكون بعدها و ان كانت فى ضمنها فلا شبهه فى صحه البيع أو لزومه فان بطلان البيع أو كون البائع على خيار كان مشروطا بان لا يجى ء المشترى الثمن فى ضمن ثلاثه أيام و من الواضح أن قبل انقضاء الثلاثه لما أخذ البائع يكون مثل

مجی ء الثمن کما هو واضح.

و علیه فلا ـ ثمره ح فی البحث عن أن الإجازه کاشفه أو ناقله أی الثمره المترتبه علی الإجازه بعد ثلاثه أیام و ان کانت هنا ثمره أخری.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۱۷

و ان کانت الإجازه بعد ثلاثه أیام فعلی القول بالکشف فیحکم بصحه البیع أو بلزومه و ذلک لأن بالإجازه تکشف عن أن القبض انما تحقق قبل انقضاء الثلاثه و قد عرفت أن الخیار کان مشروطا بعدم مجی ء الثمن بعد الثلاثه کما هو واضح.

و علی القول بالنقل فیحکم ببطلان البیع علی المسلک الحق و یکون البائع ذی خیار علی المشهور إذ الإتیان بالثمن انما تحقق بعد ثلاثه أیام الذی کان موضوعا لثبوت الخیار للبائع و هذا واضح لا شبهه فیه.

ثم هل الإجازه هنا کاشفه أو ناقله یظهر من المصنف أن الإجازه هنا ناقله مع أنه ذهب فی البیع الفضولی إلی الکشف الحکمی و علیه فلا ملازمه بین المسألتین و هذا هو الحق فالقول بالکشف هناک لا یلازم القول بالکشف فی هذه المسأله أیضا و توضیح ذلک أن البیع و الشراء و کذا سائر العقود و الإیقاعات أمور خفیف المؤنه لأن قوامها بالاعتبار الذی هو خفیف المؤنه فیمکن أن تتعلق بالأمور السابقه فلا مانع فی نفسه أن یبیع أحد دار نفسه قبل سنه بأن اعتبر کونها ملکا لزید قبل سنه و هکذا فی بقیه العقود فلا ـ یری العقل محذورا فی ذلک الا أن ذلک مما لا یساعده العرف و أنه بعید عن أذهانهم و مرتکزاتهم و لا یعتبرون ذلک بوجه و علیه فتکون أدله إمضاء العقود منصرفه عن ذلک فلا یشمله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و نحوه من أدله اللزوم و الصحه فیحکم

بالبطلان و لكن قد ذكرنا فى بيع الفضولى أن هذا الاعتبار يساعده أهل العرف و أنه ليس ببعيد عن مرتكزاتهم، بل جرى عليه عملهم كثيرا فيكون مشمولا للأدله الداله على لزوم العقود و صحته كما هو واضح فلا شبهه فى أن العرف يعتبر البيع إذا صدر عن غير المالك و إذا لحقته اجازه المالك حكم بصحته و لزومه لكونه مشمولا للأدله المذكوره.

و هذا المعنى أى اعتبار العرف البيع و نحوه قبل زمان الإجازه، لا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۸

يجرى فى التكوينيات إذ لا معنى لكون الأمر التكوينى الواقع فى زمان واقعا فى زمان آخر بالاعتبار فإن الأمور التكوينيه لا تختلف بالاعتبار و عليه فاقباض الثمن أو المثمن فى ضمن الثلاثه أيام الذى هو شرط للزوم البيع على المشهور أو صحته على المختار أمر تكوينى فهذا الأمر التكوينى لا بدّ و أن يتحقق فى ضمن الثلاثه فلو تحقق بعد ثلاثه فلا يكون موجبا للصحه أو اللزوم و لذلك ما إذا لم يتحقق أصلا و عليه فإذا أخذ البائع الثمن فى ضمن الثلاثه بغير رضى المشترى فهو كلا قبض فلا يكون موجبا لصحه البيع أو لزومه و المفروض أنه أمر تكوينى فلا يختلف بالاعتبار فلا يكون قبضا فى ضمن الثلاثه بالإجازه بعد ثلاثه أيام، فيكون الكشف ح لغوا فلا مناص من القول بالنقل هنا كما ذهب اليه المصنف و ح فيحكم ببطلان البيع على المختار و بثبوت الخيار للبائع على المشهور لتحقق القبض من حين الإجازه كما هو واضح.

ثم ان هنا شى ء لم يتعرض المصنف، و هو أنه إذا انعكس ما ذكرناه بأن أخذ المشترى المثمن من البائع بدون إذنه بأن سرقه منه أو أخذه

منه قهرا و اكراهـا من غير ان يقبضه الثمن أو مكنه منه ثم أجـاز البـائع ذلك بعـد ثلاثه أيام فعلى القول بالبطلان كما اخترناه فلا شبهه فى ظهور الثمره هنـا فإنه على القول بالنقل يحكم بالبطلان و على القول بالكشف يحكم بالصـحه بعين ما ذكرناه فى طرف المشترى و أما على مسـلك المشهور فالظاهر أنه لا يترتب عليه ثمر الكشف و النقل و لعل المصنف لأجل ذلك لم يتعرضه لأنه ذهب الى صـحه العقد مع الخيار دون البطلان و الوجه فى ذلك أن الخيار هنا للبائع فإذا أجاز القبض فان قلنا بالكشف فلا شبهه فى صـحه البيع لتحقق شـرطه على الفرض و على القول بالنقـل فـإن البائع و ان كان يقبض المبيع من حين الإجازه و لكنه يسـقط الخيار بذلك فان أجازته القبض السابق إسقاط للخيار كما هو الظاهر، و لا يرد عليه أنه يقبض مال المشترى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۹

إليه بالإجـازه فإعطـاء مـال الناس اليه لا يكون موجبا لسـقوط خياره فإنه يقال ان المال و لو كان للمشترى و لكن لم يكن له حق الأخـذ بدون اذن البائع فإذا أخذه بدون إذنه فأجازه البائع يكون ذلك كاشـفا بالالتزام عن سـقوط خياره و الا فلم يجز القبض و ليس من المتعارف أن يجز القبض و يبقى خياره إلى مده كما هو واضح.

الشرط الثالث: أن لا يشترط المشترى على البائع تأخير الثمن و الّا فلا خيار بتأخير الثمن

و الوجه فى ذلـك أن الأخبـار المتقـدمه منصـرفه عن هـذه الصوره و ذلـك لأنهـا متوجهه إلى فرض أن يكون للبائع حق مطالبه الثمن لكى يـترتب عليه أنه إذا لم يجئ بـالثمن فله الخيـار إذ المشـترى لم يعمـل بوظيفته، و أمـا إذا اشترط ذلـك المشترى على البائع فإنه ليس للبائع الخيار

کما لا یخفی فافهم.

الشرط الرابع أن یکون المبیع عینا أو شبهه کصاع من صبره

نص علیه الشیخ فی المبسوط و هو ظاهر کثیر من الفقهاء علی ما فی المتن و ذکر المصنف أن هذا الخیار أی خیار تأخیر الثمن مختص بالعین الشخصیه فلا یجری فی المبیع الکلی و قال ان کلمات الفقهاء موردها ذلک و کک معاقد إجماعاتهم فإنها مختصه بالعین الشخصیه فلا تشمل المبیع الکلی کما لا یخفی.

و أما حدیث نفی الضرر فهو أیضا مختص بالشخصی لأنه المضمون علی البائع قبل القبض فیتضرر بضمانه و عدم جواز التصرف فیه و عدم وصول بدله الیه بخلاف الکلی فإنه لا تلف فیه لیکون درکه علی البائع و یتضرر من ذلک ثم ذکر النصوص فرویتا «۱» ابن یقطین و ابن عمار مشتملتان علی لفظ البیع

---

(۱) وسائل- ج ۱۲، ص ۳۵۷، ح ۳ و ۴.

المراد به المبیع و الوجه فی إطلاقه علی المبیع قبل البیع هو کون المبیع معرضا للبیع و لا مناسبه لإطلاقه علی الکلی لعدم صحه کونه معرضا للبیع فلا یصح هذا الإطلاق فیه فلا تشمل الروایتان علی الکلی.

و أما روایه «۱» زراره فهی أیضا ظاهره فی المبیع الشخصی فلا تشمل الکلی و ذلک لأن قول السائل فیها، الرجل یشتری من الرجل المتاع ثم یدعه عنده، فیقول: حتی آتیک بثمنه قال: ان جاء فیما بینه و بین ثلاثه أیام و الا فلا بیع له، ظاهر فی المبیع الشخصی فإن المتاع ظاهر فی ذلک و کذا قوله ثم یدعه فان الإیداع لا یمکن فی المبیع الکلی، کما لا یخفی.

و أما روایه أبی بکر بن عیاش من اشتری شیئا فإن إطلاقه و ان شمل المعین و الکلی کلیهما الا أن الظاهر

من لفظ الشی ء الموجود الخارجی و من الواضح أن الکلی المبیع لیس موجودا خارجیا و الوجه فی ذلک هو أن الشی ء مجاز مشهور فی الأمور الخارجیه فلا یحتاج فی إطلاقه علیها إلی القرائن الخارجیه، کما لا یخفی. هذا حاصل ما ذکره المصنف، و لکن جمیع ما ذکره مورد للمناقشه، أما ما ذکره من ظهور کلمات الفقهاء فی الشخصی و اختصاص معاقد إجماعاتهم بالمبیع المعین الخارجی فهو واضح البطلان فإنه و ان کان بالنسبه إلی بعضهم مسلما کعباره الشیخ فی المبسوط و أنها ظاهره فی ذلک و لکن لا شبهه فی صراحه عباره بعضهم أیضا فی المبیع الکلی، کما لا یخفی، بل نسب الشهید (ره) تخصیص الحکم بالعین الشخصیه إلی الشیخ، فیعلم من ذلک أنه لم یقل بذلک غیر الشیخ و من تبعه فضلا عن اتفاق کلماتهم أو إجماعهم علی ذلک فلو کان هنا إجماع لم یذکر الشهید (ره) ذلک و واضح أن الشهید ممتاز فی فهم کلمات الفقهاء

---

(۱) وسائل- ج ۱۲، ص ۳۵۶، ح ۱.

بل قیل انه لسان الفقهاء و لو سلمنا اختصاص کلمات المشهور فهم بذلک فإنه لا یصل الی حد الإجماع بعد کلام الشهید (ره).

و أما حدیث نفی الضرر فقد ذکرنا أنه لا یثبت الخیار فلا یکون دلیلا علی المطلب و علی تقدیر کونه دلیلا علی الخیار فلا شبهه فی شموله علی المبیع الکلی أیضا و ذلک لما عرفت أن الضرر هنا یکون من جهات ثلاث الاولی الضرر من جهه تلف المبیع و الثانیه من جهه حفظها للمشتری و عدم جواز التصرف فیه و هاتان الجهتان لا تجریان فی المبیع الکلی و الثالثه أن یکون الضرر

من جهه أن عدم إعطاء المشترى الثمن للبائع ضرر عليه فلا شبهه أن هذه الجهه تجرى فى صورتى كون المبيع شخصيا أو كليّا كما هو واضح، على أنك قد عرفت أن لا ضرر ليس دليلا على ثبوت خيار التأخير للبائع و دعوى ان عدم دفع الثمن إلى البائع من ترك المنفعه كما توهّم لا- من الضرر دعوى جزافيه كما هو واضح و أما الروايات فلا شبهه فى ظهور روايتى ابن يقطين و ابن عمار فى البيع الكلى فإن المراد من البيع فيهما هو المبيع كما استظهره المصنف من جهه أن قول السائل فلا يقبضه فى روايه على بن يقطين و قول الامام عليه السلام من اشترى بيعا فى روايه ابن عمار صريح فى إراده المبيع من البيع فإنه لا معنى لقبض البيع و كذلك قوله عليه السلام اشترى بيعا فإنه أيضا لا معنى لشراء البيع و هذا واضح لا شبهه فيه الا انه لا وجه لاستظهاره اختصاص الروايتين بالشخصى من جهه أن لفظ البيع انما أطلق على المبيع من كون المبيع معرضا للبيع فلا معرضيه فى الكلى و ذلك لأنه يرد عليه أولا أن الوجه فى إطلاق البيع على المبيع ليس هو ما ذكره المصنف، بل من جهه ما يؤل اليه و أنه حيث يؤل المتاع مبيعا و يعرض عليه البيع فلذا أطلق عليه البيع كما يقال من قتل قتيلا فله سلبه و فى قوله تعالى إِنِّى أَرانِى أَعْصِرُ خَمْراً. و غير ذلك من الموارد التى يصح الإطلاق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۲

فيها باعتبار ما يؤل اليه.

على أنه يصح المعرضيه فى الكلى أيضا فإن الكليات الذميه قابله للمعرضيه على البيع، بل غالب البيوع

من هذا القبيل كالبيوع الواقعه بين التجار فان معاملاتهم بالبيوع الكليه فإنهم عقد و فى حجراتهم فيبيعون و يشترون كليّا.

و على الجمله فظهور البيع أعم من الكليه و الشخصيه كما هو واضح ففى كفايه هاتين الروايتين فى شمول الحكم للكلى غنى و كفايه و ان لم تكن الروايات الأخر ظاهره فى الكلى كما لا يخفى، و أما صحيحه زراره فالمتاع المذكور فيها فى قول السائل كلفظ المال و الماء من المفاهيم الكليه فلا وجه لدعوى اختصاصه بالعين الشخصيه و أما دعوى اختصاصه بالشخصى من جهه قوله و يدعه عنده فممنوع فإنه بمعنى الترك فمراده السؤال من السائل اشترى متاعا و تركه عند البائع، و لا شبهه فى صدق ذلك على الكلى، بل كثر إطلاق ذلك فى الثمن فإنه يقال انه باع و لم يأخذ الثمن، بل تركه عند البائع حتى مع التصريح بكون الثمن كليّا يصح هذا الإطلاق و مع ظهوره فى العين الشخصيه فلم يذكر ذلك فى كلام الامام عليه السلام ليكون موجبا لتقييد الحكم و اختصاصه بالشخصى بحيث يلزم رفع اليد بها عن الروايتين المتقدمتين أيضا فغايه الأمر فلا ظهور لهذه الروايه فى الكلى و لكن ليس له ظهور فى نفى الحكم عن المبيع الكلى و عليه فتكفينا الروايتان المتقدمتان كما هو واضح.

و أما روايه أبى بكر عيّاش أولا- أنها ضعيفه السند، و ثانيا: أنه لا شبهه فى شمولها للمبيع الكلى و الشخصى لأن الشى ء من المفاهيم العامه يطلق على جميع الأشياء، بل لا شى ء أعم منه لإطلاقه على الواجب و الممكن و على الأمور الاعتباريه و المتأصله كما هو واضح.

و لا شبهه ان الكلى قبل تعلق الاعتباريه و كونه مبيعا و ان

لم يكن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۳

شيئا و لكن يطلق عليه الشى ء بعد تعلق البيع به كما هو واضح فيكون مشمولا للحديث و قد ذكر لعدم شموله على الكلى وجهان الأول ان الشى ء عباره عما هو مشى ء وجوده فلا يطلق على غير الأمور الوجوديه لكونه مساوقا للوجود فلا يشمل الكلى و لا يطلق الشى ء عليه و فيه أن هذا انما هو فى اصطلاح الفلاسفه و الا فلا شبهه فى إطلاق الشى ء على جميع الأشياء الوجوديه و العدميه و سلب الشيئيه فى بعض الموارد، و عن الأمور العدميه باعتبار عدم المحمول كما فى قوله تعالى يَحْسَبُهُ الظَّمْآنُ مٰاءً حَتّٰى إِذٰا جٰاءَهُ لَمْ يَجِدْهُ شَيْئاً أى لم يجد شيئا و هو الماء الذى يطلبه و الا كان هناك شى ء قطعا فلا أقل من التراب حتى لو وجد عند كنزا فأيضا يقال لم يجد شيئا لأنه كان فى صدد الماء، و قد عرفت أن الشى ء من المفاهيم العامه فيشمل جميع الأشياء الموجود و المعدومه و لا شبهه أن الكلى الذى تعلق به البيع و اعتبار العقلاء الشى ء ثابت فى ذمه البائع، كما لا يخفى.

الوجه الثانى: ما ذكره المصنف من الفراق لفظ الشى ء عن الكلى إلى الموجود الخارجى، بحيث صار مجازا مشهورا لا يحتاج فى إطلاقه إلى القرائن.

و فيه أنه لا- وجه لهذه الدعوى، فإنه بعد تسليم إطلاق الشى ء على جميع المفاهيم حتى الواجب و جميع الأشياء الموجوده و المعدوده و الاعتباريات- فأى موجب للانصراف كما لا يخفى على أن لازم كلام المصنف أنه لورود النهى عن بيع شى ء مثلا فى وقت كيوم الجمعه فلازم ذلك عدم شموله بالبيع الكلى فلو عامل أحد معامله كليه لا تكون

ذلک محرمه، على أنه لو أغمضنا عن جميع ذلک و سلمنا ظهور هذه الروايه الضعيفه فى المبيع الشخصى و لو بضميمه الانصراف و لكن لا يوجب ذلک رفع اليد عن الروايتين الأولتين فى الكلى كما تقدم، فافهم.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۴

قوله

ثم ان هنا أمورا قيل باعتبارها فى هذا الخيار

أقول قد ذكرت هنا أمور بلحاظ أنها معتبره فى هذا الخيار.

الأول: عدم الخيار لأحدهما، أو لهما قال فى التحرير و لا خيار للبائع لو كان فى البيع خيار لأحدهما و فى السرائر قيد الحكم فى عنوان المسأله بقوله، و لم يشترط خيار لهما أو لأحدهما، و قد أنكر المصنف اشتراط هذا الخيار بكونه مشروطا بهذا الشرط على وجه الإطلاق سواء كان المراد من الخيار المشروط عدمه فى هذا الخيار هو خيار الشرط أم خيار الحيوان أم غيرهما، و الوجه فى ذلک هو عدم الدليل على اعتبار هذا الشرط، كما هو واضح.

ثم وجه هذا القول بأمرين الذين ينتج ضم أحدهما إلى الآخر اشتراط خيار التأخير بهذا الشرط أى بعدم الخيار لأحدهما أولهما.

الأول: أن النصوص الوارده فى مشروعيه هذا الخيار كلها منصرفه عن ذلک، لأنه انما ثبت فى حق من له حق المطالبه لبدل ماله من الآخر و مع اشتراط التأخير ليس له حق المطالبه، و لا أن وظيفه من له الخيار وجوب التسليم، بل له أن يقبض و له أن لا يقبض كما هو واضح.

الأمر الثانى: أن من أحكام الخيار أنه لا يجب على من له الخيار اقباض الثمن أو المثمن من الطرف الآخر، كما فى التذكره، حيث قال: انه لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشترى تسليم الثمن فى زمان الخيار و لو تسلّم أحدهما بالتسليم لم يبطل

خیاره و لا یجبر الآخر علی التسلیم و ضم أحد الأمرین إلی الآخر ینتج أن من له حق تأخیر العوض و عدم إقباضه من الطرف الآخر بحیث له أن یؤخر الإقباض لحق لا یثبت علیه خیار التأخیر لانصراف الأدله عن ذلک.

و الحاصل: أن من له الخیار کأنه شرط علی الأخیر تأجیل العوض فلا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۲۵

یثبت علیه خیار التأخیر.

و قد أجاب عنه المصنف علی فرض تسلیم المقدّمتین حیث قال

و فیه بعد تسلیم المقدمتین فان کلامه هذا ظاهر فی أنه لا یسلّم المقدمتین.

و حاصل جوابه علی فرض تسلیم المقدمتین النقض بخیار المجلس و خیار الحیوان و قال ان لازم ذلک کون مبدء الثلاثه من حین التفرق فی خیار المجلس و کون هذا الخیار مختصا بغیر الحیوان مع اتفاقهم علی ثبوته فیه کما یظهر من المختلف و ان ذهب الصدوق الی کون الخیار فی الجاریه بعد شهر الا أنه قول اختص بعد الصدوق للنص الخاص.

ثم حیث انه ما من معامله الا و قد ثبت فیها خیار المجلس الا ما شذ و ندر، فلذا لو خص خیار التأخیر بغیره لزم حمل الأخبار الوارده فیه علی مورد نادر، فلذا ذکر المصنف أنه یلزم أن یکون خیار التأخیر فی ذلک بعد التفرق و أما لو قلنا باختصاص ذلک بغیر موارد خیار الحیوان فلا یلزم فیه المحذور المذکور، و لذا نقض المصنف بأنه یلزم اختصاص ذلک بغیر خیار الحیوان کما هو واضح.

و قد أشکل شیخنا الأستاذ علی ما ذکره المصنف و تسلم ما ذکره العلامه فی التذکره و ابن إدریس فی السرائر و قال کلتا المقدمتین مما لا بدّ من تسلمهما أحدهما أن من له حق

التأخير لا يثبت عليه خيار كما هو واضح.

و المقدمه الثانيه: هى أن من أحكام الخيار عدم وجوب التسليم و الإقباض.

أما المقـدمه الاولى: فلأن الأخبار منصـرفه عمّن جاز له التأخير، و ليس موظفا بالإتيان لأن الظاهر من تلك الأخبار هو أن الإتيان بالثمن كان لازما حيث قال عليه السلام و لم يقبض الثمن أو ان جاء بين ثلاثه أيام و الا فللبائع الخيار و أما مع ثبوت خيار التأخير له فلا مجال لثبوت الحكم كما لا يخفى فافهم.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۶

و هذه المقدمه مما لا شبهه فيها، بل ذكر المصنف فى الشرط الثالث أن الأخبار منصرفه عن صوره اشتراط التأخير و قلنا أن خيار التـأخير انمـا جعل لمن كان له المطالبه و لم يكن للآخر حق التأخير بل كان موظفا بالأداء و أما المقـدمه الثانيه فقـد أشـكل عليه شيخنا الأسـتاذ من أن له لا يجب عليه التسـليم و توضـيح ذلك أن بناء المعامله على التسـليم و التسـلم و التبـديل و التبدل فيصـير القبض و الإقباض من الشروط الضمنيه التى التزم بها المتعاقدان فى متن العقد فمرجع كون العقد خياريا إلى أنه بجميع ما تضمنه من الشـروط الضـمنيه أو الصـريحه غير واجب الوفاء فكما لا يجب الوفاء بنفس العقـد كـذلك لا يجب الوفاء بما فى ضـمنه من التعهدات الضمنيه، بل الصريحه غير لازمه الوفاء فلا يجب التسليم و التسلم فى العقد الخيارى و عليه فلا يجرى فيه خيار التأخير و هـذا المعنى قـد التزم به المصـنف فى أحكام القبض حيث ذكر الأردبيلى أن من ظلم على أحـد و لم يسـلم المبيع الذى باعه منه ليس للآخر منع تسليم الثمن فإنه أيضا معصيه و أجاب

عنه المصنف بأنه إذا منع البائع فى التسليم فللمشترى أيضا لا يجب تسليم الثمن نعم قد أنكر المصنف ذلك هنا و فى أحكام الخيار ثم ذكر أن هذا الخيار لا ينافى خيار المجلس إلّا فى فرض نادر بأن بقيا فى مجلس العقد الى بعد ثلاثه أيام لسجن و نحوه و ح نلتزم أيضا بعدم خيار التأخير.

و أما خيار الحيوان فهو أيضا لا- يمنع عن هذا الخيار فإن غايه ما يمكن ان يلتزم به و يستظهر من الأدله من مناسبه الحكم و الموضوع أن يكون التأخير عند انقضاء الثلاثه بغير حق فالواجب أن لا يكون له خيار فى هذا الحال و أما قبله أو بعده فلا وجه للالتزام به بلا اشكال، فلا ينافى اعتبار ذلك مع ما فى المختلف من الاتفاق على ثبوته فى الحيوان.

نعم بقى هنا شى ء و هو أنه لو اجتمع خيار التأخير مع خيار الحيوان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۷

لزم تعدد السبب مع كون المسبب واحد فهذا لا محذور فيه كما فى تقرير شيخنا الأستاذ فراجع أقول: أما ما ذكره من أن مطلق الشروط الضمنيه و الصريحه ليس بواجب الوفاء فى العقد الخيارى و منها التسليم و التسلّم.

فيرد عليه أن هذا انما يتم بناء على كون دليل اللزوم هو الأمر بوجوب الوفاء على العقد و كان المراد من ذلك هو ترتيب الأثر عليه و يكون المراد من وجوب الوفاء هو الحكم التكليفى على ما ذكره المصنف و عليه فيقال: أن ترتيب جميع آثار العقد عليه انما يصح فيما إذا لم يكن العقد خياريا و الّا فلا يجب ذلك كما هو واضح، و قد ذكرنا فى محله أن معنى الوفاء هو الإنهاء

و الوفاء بالعقد هو إنهاؤه و إتمامه و حيث لا يناسب ذلك بالوجوب التكليفى فيكون الأمر به إرشادا إلى أنه لا ينحل و أنه لازم، و ذكرنا أيضا أن من أدله اللزوم ما دل على حرمه التصرف فى مال الغير بدون اذنه و أنه يحرم أكل مال الناس بغير تجاره عن تراض، و غير ذلك فلا شبهه أنه إذا تحقق البيع و حصل النقل و الانتقال فيكون المبيع ملكا للمشترى و الثمن ملكا للبائع فيحرم لكل منهما التصرف فى الآخر بدون إذنه لأن حرمه مال المسلم كحرمه دمه و أنه لا يجوز لكل أحد أن يتصرف فى مال غيره بدون اذنه و لا يفرق فى ذلك بين كون العقد خياريا أم لا، نعم من لا يريد أن يسلّم العوض فى المعامله مع كونه ذى خيار فسخ المعامله ثم لا يسلّم العوض كما هو واضح و أما ما ذكره من أن المصنف ذكر ذلك فى أحكام القبض فهو ممنوع لان ما ذكره فى القبض لا يمس بالمقام فإنه مبنى على أن من الشروط الضمنيه فى العقد أن يسلم كل من المتعاملين العوض من الآخر و مع تخلف أحدهما يجوز التخلف للآخر أيضا كما هو واضح، و هذا غير كون من له الخيار، لا يجب عليه التسليم كما هو واضح، و أما ما ذكره من أنه لا ينافى خيار الحيوان لأن اللازم أن لا يكون أداء الثمن متأخرا من الجزء الذى يتم به الثلاثه فليس

بمتين و ذلك لأن مقتضى الظاهر من روايات الباب أنه يجب على المشترى أن يسلم الثمن الّا أنه قد أمهل الشارع للمشترى فى ضمن الثلاثه بالنسبه

إلى ثبوت الخيـار للبـائع فبمجرّد انتهـائه يثبت الخيار للبائع أو يبطل البيع كما هو واضـح فلا يحتاج إلى التأخير فى الآن الـذى تم الثلاـثه و بعباره أخرى أن الروايات قـد دلت على أن المشترى ان جاء بالثمن ما بين ثلاثه أيام فبها و الّا فلا بيع فالظاهر من ذلك ان الثلاثه إنما هى أيام النظره بالنسـبه إلى ثبوت الخيار للبائع أو لعدم بطلان البيع كما هو واضح، فلا ينافى ذلك بوجوب تسـليم الثمن فى الثلاـثه أيضـا و أمـا ثبوت الخيـار فليس مشـروطا بالتأخير عن الجزء الـذى يتم به الثلاثه بل فى نفس ذلك الجزء يثبت الخيار للبائع كما لا يخفى.

ثم انه قد يفصل بين ثبوت الخيار للبائع من جهه أخرى فيسـقط معه هذا الخيار و بين ما كان الخيار للمشترى فلا وجه لسـقوطه و قد أفاد فيه وجهين:- الأول: أن خيار التأخير شـرع لدفع ضرره و قد اندفع ضرره بغير خيار و أجاب عنه المصنف بان ضرر الثلاثه بعد الثلاثه لا يندفع بالخيار فى الثلاثه و كأن المصنف فهم من كلام المفصل أنه اشترط عدم ثبوت الخيار للبائع بعد الثلاثه و لذا أجاب عنه بأن الضـرر بعـد الثلاثه لا يندفع بالخيار فى الثلاثه و لكن الظاهر أن كلام المفصل ناظر الى اشتراط عدم ثبوت الخيار للبائع بعد الثلاثه و عليه فيندفع الضـرر بغير خيار التأخير فيصح كلامه كما هو واضح فلا يرد عليه ما ذكره المصنف، نعم يرد عليه أن هـذا الوجه مبنى على كون مدرك هذا الخيار هو دليل نفى الضـرر فإنه ح يشترط فى ثبوته أن لا يثبت خيار آخر للبائع و أما إذا كان مدركه غيره فلا يتم ما ذكر المفصل.

الوجه الثانى:

النصوص و الفتاوى تدل على لزوم البيع فى الثلاثه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۹

فيختص هذا الخيار بغير صوره ثبوت الخيار له فان الظاهر من قولهم عليهم السـلام ان جاء بالثمن ما بين الثلاثه و الا فله الخيار أن البيع لازم فى ضمن الثلاثه فإذا كان للبائع خيار فى ذلك لا يكون البيع لازما، فلا يكون هذه الصوره مشموله للأخبار كما هو واضح، و على هذا فلا يكون هذا الخيار ثابتا فى مورد خيار الحيوان و أورد هذا المفصل على نفسه بأن التأخير للخيار و لا يتقيد الحكم بسببه، يعنى أن الخيار هنا حكم ثابت للبائع و لا يكون مقيدا بسببه و هو التأخير بحيث يكون البيع لازما بانتفائه من هذه الجهه فقط، لا ينافى ثبوت خيار آخر للبائع كما هو واضح، بل الثابت هو طبيعى الخيار الثابت للبائع كما هو واضح و الفرق بين هذا الوجه و الوجه السابق أن الوجه السابق ليس ناظرا الى لزوم البيع فى الثلاثه بخلاف هذا الوجه و لكن يرد عليه أن الظاهر من الروايات أن المشترى إذا جاء بالثمن ما بين ثلاثه أيام فهو، و الّا فله الخيار، فالظاهر من ذلك أن الإتيان بالثمن فى الثلاثه يوجب نفى خيار التأخير، و لا ينافى ذلك ثبوت خيار آخر للبائع غير خيار التأخير، و ليس هذا من قبيل تقيد الحكم بسببه، بل الثابت هو طبيعى الخيار، و لكن يكون البيع لازما بانتفاء هذا الطبيعى من هذه الجهه فقط و لزوم البيع من هذه الجهه لا ينافى ثبوت خيار آخر للبائع من جهه آخر كما هو واضح، و من هنا لا ينافى هذا الخيار ثبوت خيار المجلس فإنه مع أن

لازم الوجه الثانى عدم ثبوت خيار المجلس أيضا فى ضمن الثلاثه.

قوله: و منها تعدد المتعاقدين

أقول قد ذكر المصنف وجهين لاختصاص الخيار بصوره تعدد العاقد:

الأول: اختصاص النص الوارد فى المقام بصوره التعدد.

و الثانى: أن هذا الخيار ثبت بعد خيار المجلس و خيار المجلس باق مع اتحاد العاقد الا مع إسقاطه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۰

أما الأول: فلأنه لا- شبهه فى أن الظاهر من النصوص الوارده فى المقام و ان كان هو تعدد المتعاملين و من بيده العقد أى المالكين أو من يكون نازلا منزله المالك من الولى و الوكيل المفوض، و لكن لا ارتباط له بتعدد العاقد بوجه، بل يمكن ذلك مع اتحاده أيضا، فإنه بمنزله الآله فقط، ليس له الا إجراء العقد كما هو واضح، و بعباره أخرى أن المناط فى ذلك هو عدم الإقباض و القبض و لا- إشكال فى تصوره من المالكين مع اتحاد العاقد من قبلهما فأصل توهم اشتراط تعدد العاقد فى ثبوت خيار التأخير لغو محض و غلط فاحش.

و أما الوجه الثانى: فقد ناقش فيه المصنف من حيث الصغرى من أنه قد عرفت أنه غير ثابت للوكيل فى مجرّد العقد، و على تقديره فيمكن إسقاطه و اشتراط عدمه، نعم لو كان العاقد وليا بيده العوضان لم يتحقق الشرطان الا و لأن أعنى عدم الإقباض و القبض و ليس ذلك من جهه اشتراط التعدد و لكن الظاهر المناقشه فى الكبرى أيضا بأنه لا دليل على كون خيار التأخير بعد خيار المجلس غايه الأمر أن خيار المجلس فى الأغلب يبقى إلى ساعه و ساعتين أو أقل أو أكثر و لا يبقى إلى الثلاثه أيام حتى يجتمع مع خيار التأخير و لو بقى

المجلس إلى الثلاثه مع عدم تحقق القبض و الإقباض لكان خيار المجلس مجتمع مع خيار التأخير كما هو واضح.

قوله و منها أن لا يكون المبيع حيوانا

أقول من جمله الشروط لثبوت خيار التأخير أن لا يكون المبيع جاريه، بل حيوانا مطلقا فإن المحكى عن الصدوق فى المقنع أنه إذا اشترى جاريه فقال أجيئک بالثمن، فان جاء بالثمن فيما بينه و بين شهر، و الا فلا بيع و ظاهر المختلف نسبه الخلاف الى الصدوق فى مطلق الحيوان، و لكن الظاهر أن الصدوق التزم بذلك فى خصوص الجاريه فى انه ذكر فى الفقيه أن الخيار فى ما يفسده بيومه بعد يوم و فى غيره إلى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۱

ثلاثه أيام أن جاء بالثمن ما بين ذلك و الا فله الخيار تم ذكر خصوص الجاريه و ذكر أن الخيار فيها بعد شهر و لم يذكر فى الفقيه أيضا إلا ذلك فما حكى عن المختلف من نسبه ذلك الى الصدوق فى مطلق الحيوان لا نفهم له وجها.

و كيف كان فذهب المشهور الى عدم الاشتراط بذلك الشرط و خالف فيه الصدوق استنادا إلى روايه على بن يقطين و قد أشكل على الروايه بوجهين:

الأول: من حيث السند فإنه حكى عن العلامه فى المختلف أن الروايه ضعيفه و لكن لا نفهم لضعف الروايه وجها و قد اعترف باعتبارها صاحب الحدائق و صاحب الجواهر و قد عرفت أنه ذهب الصدوق (ره) الى ثبوت الخيار للبائع فى الجاريه بعد شهر، و قد ضعف العلامه عن هذه الروايه و لكن لا ندرى أن وجه تضعيف العلامه أى شى ء فان هنا روايتان إحداهما رواها الصدوق عن ابن فضال عن على بن رباط عن زراره

أو عمن رواه كما فی الوسائل أو عمن رواه كما فی الوافی، و هـذه الروايه علی تقدير عدم الإرسال فهی ضـعيفه لعلی بن رباط و الروايه الثانيه قـد رواها فی التـذهيب، عن محمـد بن أحمد بن يحيی عن أبی إسـحاق عن ابن أبی عمير عن محمد بن أبی حمزه عن علی بن يقطين فهذه الروايه معتبره أما غير أبی إسـحاق فواضح، و أما أبی إسحاق و هو أن كان مشتركا بين أشخاص عديده ضعـاف و ثقـات، و لكن الأشـهر هو إبراهيم بن هـاشم علی أنه ينقل عن أبن أبی عمير و ينقل عنه محمـد بن احمـد بن يحيی و غيرهم أكثرهم من أصـحاب الصادق و الباقر (عليهم السـلام) و من هو من أصحاب الهادی (ع) لم ينقل عنهم محمد بن احمد و أما إبراهيم بن مهزيار فلم ينقل عن ابن ابی عمير، علی أنه أيضا معتبر فراجع كتب الرجال.

الثانی: إعراض المشهور عن العمل بها فإنهم لم يعملوا بها، بل لا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۲

ينسب العمـل بهـا الّـا الی الصـدوق و لا شـبهه ان إعراضـهم عن العمل بالروايه يوجب وهنها و لعل مراد العلامه من الضـعف هو ذلـك فـإنه لم يقيـد الضـعف بكونه فی السـند بل ذكر أن الروايه ضـعيفه و لا شـبهه أن اعراض المشـهور عنـدهم يوجب الوهن فتكون الروايه ضعيفه بالعرض لا بالذات.

و يرد عليه أولا الإشـكال فی الصـغری حيث لم يعلم اعراض المشـهور عن هـذه الروايه بل يحتمل ان يكون عـدم عملهم بها من جهه أنهم حملوها علی بعض الوجوه بأن تكون محموله علی صوره اشتراط المجی ء بالثمن الی شـهر، إذ كلامنا فی صوره عـدم اقباض المبيع كما تقدم و

ليس فى هـذه الروايه عدم إقباض الجاريه حتى لا يمكن رفع اليد من ظاهرها و اذن فلا بأس من حملها على صوره اشتراط تأخير الثمن الى شهر فى ضمن العقد، و الأفله الخيار أو يمكن أن يكون عدم عملهم بها من جهه حملها على استحباب الصبر بعد ثلاثه أيام إلى شهر و على هذا فلم يثبت اعراض المشهور عنها ليكون موجبا للضعف كما هو واضح.

و ثانيـا: الإشـكال فى الكبرى و هو أن اعراض المشـهور عن الروايه لاـ يوجب وهنهـا كمـا أن عملهم بها لا يوجب الاعتبار، و قد تقدم ذلك مرارا و قد نقحناه فى علم الأصول و على هذا فلا وجه لرفع اليد عن هذه الروايه و قد حملها المصـنف على الوجهين المتقـدمين و لكنهما بعيد خصوصا الحمل على الاسـتحباب، فلا بدّ ح من العمل بها فى خصوص الجاريه كما عمل بها الصدوق (ره) فظاهرهـا ثبوت الخيـار للبـائع فى بيع الجاريه بعـد شـهر سواء أقبضـها من المشترى أم لا لإطلاقها و لا وجه لتقييـدها بصوره الإقباض.

و على الجمله فحيث ان النص وارد فى خصـوص الجـاريه فيكون أخص من الروايه المتقـدمه فتكون مقيـده لهـا و قـد يتوهم أن النسبه بينها و بين الروايات المتقدمه هى العموم من وجه حيث ان هذه الروايه أخص من حيث

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۳

الموضوع و هو الجـاريه و الروايـات المتقـدمه أعم من الجاريه و غيرها و ان هـذه الروايه أعم من حيث اقباض المبيع و الروايات المتقـدمه نـاظره إلى خصوص اقبـاض المبيع و يقع التعارض فى مورد الاجتماع و هو صوره الإقباض فإن هـذه الروايه تـدل على ثبوت الخيار بعد الشهر و الروايات المتقدمه تدل على ثبوت

الخيار بعد الثلاثه أيام، و حينئذ فيحكم بالتساقط، و لكن الظاهر ان هذا التوهم فاسد.

أولا: أن النسبه بينها و بين الروايات المتقدمه إنما تلاحظ من حيث الموضوع و لا شبهه أن هذه الروايه أخص من حيث الموضوع من الروايات المتقدمه.

و ثانيا: على تقدير لحاظ النسبه بينهما من حيث الموضوع و الحكم معا أنه لا يمكن الحكم بالتساقط فى ماده الاجتماع إذ من البعيد جدا أن يكون الخيار فى صوره الإقباض بعد شهر، و فى صوره عدم الإقباض أن لا يكون للبائع خيار أصلا، و اذن فلا بدّ من ترجع هذه الروايه على فرض المعارضه و هذا واضح جدا.

ثم ان الظاهر من قولهم عليهم السلام فان جاء بالثمن ما بين ثلثه أيام و الّا فله الخيار، أى للبائع أن مبدء الثلاثه من حين العقد و توهم أنه من حين التفرق بحيث تكون مده الغيبه ثلاثه أيام خلاف الظاهر من الروايه.

فى مسقطات خيار التأخير

اشاره

مسأله: يسقط هذا الخيار بأمور

أقول

الأول إسقاطه بعد الثلاثه،

و هذا لا شبهه فيه، بل لا خلاف فيه أيضا إذ لا محذور فيه بوجه أصلا، و أما سقوطه بالإسقاط فى الثلاثه فأشكل فيه المصنف من أن مدركه دليل نفى الضرر و هو

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۴

حاصل بعد الثلاثه فلا سبب له قبلها و من أن العقد سبب الخيار فيكفى وجوده فى إسقاطه بوجود المقتضى، و الأمر أشكل فيما إذا اشترط سقوطه فى ضمن العقد و وجه الأشكليه أن المقتضى الذى هو العقد كان موجودا فى إسقاطه بعد العقد و قبل الثلاثه و لكنه منفى هنا لعدم تماميه العقد بعد كما هو المفروض و أيضا ذكر المصنف أن السقوط لعله من جهه عموم أدله الشروط و يشكل على عدم جواز إسقاطه فى الثلاثه بناء على أن السبب فى هذا الخيار، هو الضرر الحادث بالتأخير دون العقد، فان الشرط انما يسقط به ما يقبل الاسقاط بدون الشرط، و لا يوجب شرعيه سقوط ما لا يشرع إسقاطه بدون شرط و عليه فان كان هنا إجماع على السقوط بالشرط فهو و الا فللنظر فيه مجال واسع لعدم شمول أدله الشروط لمثل هذا الشرط كما هو واضح.

و قد يقال بجواز شرط النتيجه بأن يشترط السقوط بعد الثلاثه.

و فيه ان كان المراد هو اشتراط السقوط بعد الثلاثه بلا سبب و هو بديهى البطلان إذ لا موجب لسقوطه بلا سبب.

و ان كان المراد من سـقوطه بعدها بالإسـقاط قبل الثلاثه بحيث ينشـئ من الآن سـقوطه بعد الثلاثه فيعود المحذور، فإنه من قبيل إسقاط من لم يجب.

أقول: قد ذكر المصنف فى خيار المجلس جواز الإسقاط فى مثل هذه الموارد من جهه وجود المقتضى و

قد ذكرنا أن عدم جواز إسقاط ما لم يجب ليس مدلولا لدليل لفظى بل انما هو من جهه الإجماع على بطلان التعليق فى العقود و الا فلا استحاله عقليه هنا، بل لا يرى العقل محذورا فى إنشاء الطلاق قبل التزويج و إنشاء البيع قبل الشراء، و انما نحكم ببطلان أمثال ذلك من جهه الإجماع و لا شبهه أن جواز إسقاط ما لم يجب أمر معروف

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۵

بين الفقهاء فلا يكون داخلا فى معقد الإجماع فيكون ذلك مشمولا لأدله الشروط كما هو واضح.

و قد ذكر شيخنا الأستاذ أن للبائع حق المطالبه حتى فى ضمن الثلاثه فله أن يسقط حق المطالبه و لا يكون الإسقاط حينئذ إسقاطا لما يجب و فيه أن هذا عجيب من شيخنا الأستاذ حيث ان حق المطالبه أمر أجنبى عن الخيار، و لا شبهه فى ثبوت ذلك، الحق فى زمان الخيار و قبله و بعده فإسقاط أحدهما غير مربوط بإسقاط الآخر كما هو واضح على أن حق المطالبه من الأحكام فلا يقبل الإسقاط.

الثانى: اشتراط سقوطه فى متن العقد

حكى عن الدروس و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و لعله لعموم أدلّه الشروط قد مرّ جواب عن ذلك.

الثالث: من المسقطات بذل المشترى للثمن

و قد ذكره العلامه فى التذكره استصحابا لوجوده و ذكر المصنف أن هذا حسن لو استند فى الخيار الى الاخبار و اما إذا استند إلى قاعده الضرر فان الضرر الوارد على البيع يتدارك ببذل الثمن فلا يبقى مجال للخيار ليتدارك به الضرر ثم ذكر أنه لا يبعد دعوى انصراف الأخبار الى صوره التضرر أيضا، و عليه فما ذكره فى التذكره متين جدّا.

أقول: أما الوجه الأول فهو متين فإنه بناء على كون مدرك خيار التأخير هو قاعده نفى الضرر فلا شبهه فى أنه يرتفع بأداء الثمن، و لكن قد عرفت سابقا أن مدركه ليس دليل نفى الضرر، و الا لأمكن رفعه بغير الخيار أيضا و أما الوجه الثالث و هو صوره بذل المشترى فلا وجه له لأن مقتضى الأخبار أنه إذا جاء بالثمن ما بين الثلاثه و الا فله الخيار و هو مطلق بالنسبه إلى صوره بذل الثمن و غيرها و دعوى الانصراف إلى صوره عدم بذل الثمن بلا وجه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۶

قوله الرابع: أخذ الثمن من المشترى.

أقول: بناء على سقوط الخيار ببذل الثمن فلا موضوع لهذا البحث حيث انه بمجرد البذل يسقط الخيار فلا تصل النوبه إلى الأخذ كما هو واضح.

و أما بناء على عدم سقوطه بالبذل فهل يسقط ذلك بالأخذ أم لا فنقول انه بناء على السقوط و كون الأخذ موجبا له و كاشفا عنه، فليس ذلك أمرا مستقلا، بل مرجعه الى المسقط الأول و هو الإسقاط فإنه أعم من الإسقاط الفعلى أو القولى كما هو واضح.

نعم ينبغى ان يبحث بعنوان التنبيه بأنه هل يشترط افاده العلم بكون الأخذ لأجل الالتزام بالبيع أو يكفى الظن بذلك و أن البائع راضى به فإنه أماره عرفيه على

الالتزام كالقول أو لا- يعتبر الظن أيضا فی ذلک وجوه فذكر المصنف أن خيرها أوسطها لكن الأقوى الأخير و لكن لم نفهم معنى هذه العباره فإن الخير ما كان أقوى و بالعكس فلا معنى لكون الوسط خيرا و الأقوى هو الأخير و كيف كان قد ذكرنا فی خيار الحيوان أن أقوى الوجوه هو العلم بالرضا و الّا فلا- موجب لسقوط أما الوجه الأوسط أعنى اعتبار الظن على كون الأخذ كاشفا عن الرضا، فلا دليل عليه، لان الظن لا يغنی من الحق شيئا و أما الوجه الأخير و هو الاكتفاء بمطلق الأخذ و كونه كاشفا عن الرضاء بالعقد فأيضا لا دليل عليه، فإنه يمكن أن لا يكون الأخذ بعنوان الثمنيه كما إذا كان ذلک عن غفله و جهل، فإنه لا كاشفيه له حينئذ عن الرضا بالعقد، بل مع العلم بكونه بعنوان الثمنيه أيضا فإن الثمن مال للبائع فيمكن أن يأخذه و مع ذلک يبقى خياره على حاله و لا يكون الأخذ بعنوان الرضا بالعقد و يأخذ الثمن و يتصرف فيه تصرفا لا يوجب السقوط ثم يفسخ بل يجوز ذلک مع التصريح بأن الأخذ ليس بعنوان الرضا بالعقد.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۷

و بعباره اخرى أن الكاشفيه النوعيه انما هی فی باب حجيه الظواهر حيث ان الألفاظ تدل على المعانی التی وضعت عليها الألفاظ بحسب الكاشفيه النوعيه العقلائيه و ظاهره فی ذلک لا من جهه التعبد ببناء العقلاء بل من جهه تعهد الواضح على أنه متى أطلق اللفظ الفلانی فقد أراد المعنى الفلانی و يكون ذلک التعهد سببا لكون الظواهر كواشف عن المداليل و كونها مراده للمتكلم و أما فی المقام فلم يتعهد البائع بأنی متى

أخذ الثمن فرضيت بالمعامله ليكون الأخذ كاشفا نوعيا عن الرضا بالعقد كما هو واضح، و عليه فلا كاشفيه للأخذ عن ذلك، و إذا فلا بدّ من الاقتصار بالعلم أو الظن الاطمئنانى بأن تقوم القرينه على الكاشفيه و حصل القطع فلا أقل من الاطمئنان على ذلك الذى هو حجه عقلائيه و من هنا ظهر أن مطالبه البائع الثمن أيضا يكشف عن رضائه بالعقد فإن المطالبه أعم من الأخذ و قد ذكرنا أن الأخذ أعم من الرضا بالعقد و عدمه فكيف تكون المطالبه كاشفه عن الرضا كما هو واضح، نعم قد ذكرنا فى خيار الحيوان سقوط الخيار بمثل اللمس و التقبيل و ركوب الدابه و لكن ذلك من جهه النص الخاص لا من جهه كاشفيه أى تصرف من الرضا بالعقد كما هو واضح، بل من جهه النص الخاص الوارد فى خيار الحيوان.

مسأله فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى،

اشاره

أقول وقع الكلام فى أن خيار التأخير فورى أم لا، تحقيق الكلام هنا فى مقامين:- الأول: بحسب الأصول العمليه.

و الثانى: من حيث الروايات.

أما الأول [بحسب الأصول العمليه]

فقد استوفينا الكلام فيه فى خيار الغبن و قلنا ان الاستصحاب اى استصحاب الخيار لا يجرى فى المقام، بل لا بدّ من التمسك بالعموم و عليه فلا بدّ من الاقتصار بالمتيقن ففى الزائد عن ذلك نرجع الى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۸

العمومات الداله على لزوم البيع و لا يضر عدم إمكان التمسك ب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فيرجع الى الأدله الأخرى مما دل على حرمه التصرف فى مال الغير بدون اذنه و حرمه تملكه إلا بالتجاره عن تراض و من الواضح أن الفسخ فى الآن الثانى الذى نشك فى ثبوت الخيار أكل لمال الغير بدون اذنه فلا يكون مؤثرا فراجع الى خيار الغبن، فقد تقدم تفصيل الكلام هناك.

و بعباره أخرى أنه و ان لم يجز التمسك بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ على ما تقدم فى خيار الغبن من الانحلال و عدمه فراجع الا أن فى العمومات الأخر الداله على اللزوم غنى و كفايه فينقطع التمسك بالاستصحاب أى استصحاب حكم الخيار فالنتيجه هى فوريه الخيار و على القول بكون دليل الخيار هو نفى الضرر فكون الخيار فوريا أوضح لاندفاع الضرر به.

و أما المقام الثانى: فالروايات الوارده فى المقام

بناء على دلالتها على ثبوت خيار التأخير بعد الثلاثه أيام لا على البطلان مطلقه بالنسبه إلى الآن الأول و الآن الثانى، فمقتضى التمسك بها هو ثبوت الخيار للبائع على وجه الإطلاق بعد الثلاثه و على القول بفوريه الخيار فى خيار الغبن كما هو كذلك، فلا

بدّ من الالتزام بعدم الفوريه فى المقام لخصوص هذه الروايات فتكون مخصـصّه للعمومات، كما لا يخفى و كأن هذا العقد يصير جائزا بالعرض بعد الثلاثه غايه الأمر أن الجواز فى الهبه حكمى و فى المقام حقى فللبائع إسقاط حقه أى خياره و

نعم ما ذكره المصنف من هذه الروايه بعد عدم إمكان نفى الحقيقه فيها ناظره إلى نفى اللزوم إلى الأبد و لا يرد عليه ما ذكره الأستاذ من الالتزام بإهمال النص فان ذلك خلاف الظاهر من الروايه.

قوله مسأله: لو تلف المبيع بعد الثلاثه كان من البائع،

أقول: ذهب الفقهاء الى أن التلف قبل القبض من مال البائع و انما الكلام من مدرك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۹

هذا الحكم و يقع الكلام فى مقامين:

الأول: أن يكون التلف بعد الثلاثه.

الثاني: أن يكون ذلك قبل الثلاثه.

أما الأول: فقد استدل بوجوه:- الأول: الإجماع و فيه أنه على تقدير تحققه فالمظنون أن مدركه النبوى الذى سنذكره، فلا يكون إجماع تعبدى.

الثاني: النبوى المعروف كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه و فيه أن هذا النبوى و ان كان مشهورا و لكنه لم يذكر إلا فى كتب العامه و عليه فلا يمكن الالتزام بانجبار ضعفه صغرى و كبرى أما من حيث الصغرى فلأنه لم يذكر فى كتب الأصحاب بعنوان الاستدلال به على ذلك إذ لم يكن لهم كتاب استدلال حتى يستدلوا فيه به و انما ذكروا فتاواهم بغير تعليل و عليه فلا ندرى أن استنادهم بذلك حتى يوجب ذلك انجبار ضعف النبوى و أما من حيث الكبرى فقد عرفت مرارا أن عمل المشهور لا يوجب الانجبار لضعف الروايه كما لا يوجب اعراضهم و هن الروايه الصحيحه.

الثالث: روايه عقبه بن خالد «۱» فى رجل اشترى متاعا من رجل و أوجبه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه، قال: آتيك غدا إنشاء اللّه، فسرق المتاع من مال من يكون، قال: من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يفيض المتاع و يخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته

فالمبتاع ضامن لحقّه حتى يردّ ماله اليه.

و فيه أن هذه الروايه لا يكون دليلا لهذا الحكم لأنها ضعيفه السند و لا يكون منجبرا بعمل المشهور أيضا حتى بناء على تسليم ذلك الكبرى فإنه

---

(۱) وسائل- ج ۱۲، ص ۳۵۸، باب ۱۰، ح ۱.

لم يعمل احد بمضمونها فإنها تدل على كون الضمان على البائع ما لم يقبض خارجا و لم يخرج عن بيته و من واضح أن الأكثر التزم بكفايه التخليه بين المشترى و المبيع فى القبض و لا- يجب الإقباض الخارجى، أما الإخراج من البيت فلم يقل به أحد و كونه معتبرا فى القبض على خلاف الضروره بل يمكن أن يقبض المشترى المال و يجعل عند البائع أمانه كما هو واضح.

و على الجمله فلا دليل على أن التلف مبيع قبل القبض من مال البائع نعم يمكن الالتزام بذلك بحسب الارتكاز العقلائى فإن بناء العقلاء قائم على أن التلف قبل القبض يحسب على البائع إذ الأخذ و الإعطاء من متممات البيع و عليه فمع تلف المبيع لا يبقى مجال للبيع بل ينفسخ من أصله إذ البيع مبادله مال بمال فمع تلف المبيع أى شى ء يعطى البائع للمشترى و مع انتفاء القبض فلا إعطاء حتى يطالب بدله أى الثمن و الظاهر أنه لم يلتزم أحد بأنه إذا باع أحد عباءه من شخص و تلفت بعد ساعه و قبل القبض أن له حق مطالبه الثمن عن المشترى مع أنه لا يعطى شيئا، ففى الحقيقه أن البيع انما هو مشروط بشرط متأخر و هو إعطاء المبيع و إقباضه أو أنه موقت أى يحكم بصحته ما دام المبيع لم يتلف قبل القبض و إذا

تلف فـدركه على البائع و كيف كان فلا ثمره فى بيان ان ما نحن فيه من قبيل المشـروط بالشـروط المتأخر أو من قبيل كون البيع موقتا و معنى كون ضـمانه عليه أنه ينفسـخ العقـد به لا أنه يجب على البائع إعطاء بـدله كما هو كذلك فى الغاصب و هذا الذى ذكرناه غير مربوط بصوره عدم تسليم المبيع قهرا على المشترى و غصبا عليه فإنه يجبر على الإقباض و لا يحكم بالانفساخ بذلك بل ما ذكرناه فى فرض عدم التمكن من التسليم تكوينا كما فى صوره التلف.

و كيف كـان أن معنى البيع هو الأخـذ و الإعطـاء و مع تلف المبيع قبـل تسـليمه الى المشترى يوجب انعـدام مفهوم البيع و يكون ضمانه على البائع و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۱

ان كان المال من المشترى و لكن ضمانه بحسب الارتكاز على البائع فإنه مشاهد صدق على انفساخ البيع.

لا يتوهم أنه إذا انفسخ البيع كان التلف فى ملك البائع فلا يكون تخصيصا لقاعده الخراج بالضمان بل تخصصا.

فـإنه يقـال: انه انمـا يـدخل فى ملكه فى آن قبل التلف و التخصـيص باعتبار أنه لو كان له نماء فى آن قبل التلف لكان للمشترى دون البائع فافهم و الذى يمكن أن ينافى هذه القاعده الارتكازيه أمران:- الأول: قاعده الخراج مع الضـمان فإنها و ان ذكرت فى روايـات العـامه و التزم بهـا أبو حنيفه و لكنهـا قاعـده مسلّمه و ليست مختصه بالعـامه بـل هى أيضـا قاعـده ارتكازيه فإن العقلاء حاكمون على أن ضـمان المال لمن كانت المنافع له و حيث ان المنافع للمالك فيكون ضمانه أيضا عليه بل ذكرت هذه القاعده فى بعض الروايات أيضا، حيث تقدم فى خيار الحيوان فى

بعض الروايات أنه سأل السائل عن التلف بأنه ممّن يكون قال الامام عليه السلام اللّه أ رأيت أنه إذ كان له نماء فهو لمن قال للمالك، فقال عليه السلام اللّه فضمانه أيضا له على ما هو مضمون، الروايه و على هذه القاعده فلا بدّ و ان يكون التلف من المشترى لكونه مالكا و منفعه المال على تقدير وجودها له فيكون ضمانه أيضا عليه.

الثانى: القاعده المعروفه أن التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له فإنه لا شبهه أن الخيار بعد الثلاثه للبائع فمقتضى هذه القاعده أن يكون التلف من المشترى لعدم وجود الخيار.

و على الجمله مقتضى هاتين القاعدتين أن التلف انما يكون من المشترى فتكون ان متنافيتين لمقتضى القاعده المتقدمه من أن التلف من البائع.

أما القاعده الأولى: فهى أعم من تلك القاعده الارتكازيه لأنها وارده

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۲

فى موردها حيث ان مقتضى الارتكاز على كون التلف و الضمان ممن له المنافع الا أنه ثبت الارتكاز العقلائى فى موارد البيع على كون التلف قبل القبض من البائع و ان كان المال لشخص آخر فتكون هذه القاعده الارتكازيه مانعه عن تحقق تلك القاعده فى جميع الموارد، بل تكون لأعميتها مخصصّه بذلك كما هو واضح.

و بعباره أخرى أن قاعده الخراج بالضمان مقتضى لكون التلف من المالك و قاعده كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال البائع مانع عن كون الضمان للمالك فلا منافاه بين المقتضى و المانع و لا بعد فى كون ضمان مال أحد على شخص آخر كما فى الغاصب فإنه إذا غصب مال شخص فتلف عنده فان ضمانه على الغاصب.

نعم الضمان فى باب الغصب انما هو بالمثل أو القيمه فإنه إذا

تلف المال تحت يد الغاصب فيكون ضامنا ببدله فيجب عليه اما أداء المثل أو القيمه.

و أما الضمان هنا انما هو كون المبيع تالفا من كيس البائع بحيث لا يجوز له مطالبه الثمن من المشترى فيحكم حينئذ بانفساخ العقد لا أنه يجب عليه أن يعطى بدل المبيع كما هو واضح.

و أما القاعده الثانيه أعنى الحكم بكون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له، فلا دليل عليها حتى بمثل النبوى و نحوه، فإن قاعده كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال البائع قد ذكر لها دليل من النبوى و نحوه و لكن هذه القاعده لا دليل عليها أصلا غير أنها مورد التسالم و الإجماع نعم ثبت ذلك فى خيار المجلس و الحيوان و الشرط و أما فى غيرها فلا دليل عليه فيحكم بعدم ذلك فضلا عن يكون منافيا لما ذكرناه من الارتكاز، و فى الموارد التى ثبت ذلك يكون تخصيصا لما ذكرناه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۳

و حاصل الكلام أن التلف قد يكون بعد الثلاثه و قد يكون قبل الثلاثه أما إذا كان بعد الثلاثه فهو من مال البائع لا من جهه الروايه كما تقدم بل من جهه القاعده العرفيه الارتكازيه على أن التلف قبل القبض من مال البائع فإن حقيقه البيع قائمه بالأخذ و الإعطاء و من الواضح أنه إذا تلف المبيع تنعدم تلك الحقيقه و تنهدم و لا يبقى ذلك المفهوم لعدم بقاء الأخذ و الإعطاء حينئذ و لا ينافى ذلك إلا أمران، أحدهما دعوى الملازمه بين كون منفعه الملك لمالكه و بين كون دركه عليه المعبر عنها بقاعده الخراج بالضمان و قد ثبت هذه القاعده بالنص و الإجماع عندنا و كذلك

عند العامه و كذلك حكم بها العرف أيضا.

الثانی: قاعده ان التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له أما القاعده الاولی فلا تنافی لما ذكرناه من القاعده علی كون الضمان قبل القبض علی البائع لأن ما ذكرناه وارد فی مورد تلك القاعـده و مانع عنها فتكون مخصـصه لها باعتبار أنه لو كان لهذا المال نماء قبل أن التلف كان للمشتری و كان لازم ذلك أن یكون دركه أیضا علیه لكونه مالكا و لكن الارتكاز خصصـها و أثبت الضمان للبـائع و حینئـذ لا ـ یكون الارتكاز من العقلاء علی كون الضـمان للمشتری المالك لكون الارتكاز الثانی الـذی ذكرنا علی كون الضمان للبائع مانعا عنه و قرینه علی عدمه هنا.

و أمـا قاعـده كون التلف فی زمان الخیار ممن لا خیار له فلا دلیل علیه حتی یتمسك بإطلاقه فی جمیع الموارد، بل انما ثبت فی خیار الحیوان و الشرط و الحق بهما خیار المجلس و أما فی غیر هذه الموارد فلا، كما هو واضح.

و أمـا إذا كـان التلف فی ضـمن الثلاثه و قبل القبض، فالمنسوب الی المفیـد و السـیدین هو كونه من المشتری و لكن الظاهر أنه أیضا من البائع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۴

بل كونه من البائع هنا أولی من كونه له فیما إذا كان التلف بعـد الثلاثه و قبل القبض فإنه یمكن ان یقال فیما إذا كان بعد الثلاثه و قبل القبض ان التلف من المشتری و لو بوجه غیر وجیه بان یقال أن التلف بعـد الثلاثه انما هو فی زمن الخیار و التلف فی زمن الخیار ممّن لا خیار له و إذا تعارض فی مورد مع القاعده الارتكازیه بأن التلف قبل القبض من مال

البائع تعارض العموم و الخصوص من وجه حكم بالتساقط فيرجع الى القاعده الأوليه من أن تلف كل مال على مالكه.

و على الجمله أن كون التلف من المشترى بعد الثلاثه و قبل القبض له وجه و ان كان هذا الوجه غير تمام لعدم الدليل على كون التلف فى زمن الخيار من البائع و لكن لا ـ وجه لكون التلف هنا من المشترى أصلا إذ ليس هنا زمان خيار ليتحمل كون التلف من المشترى من جهه عدم ثبوت الخيار هنا للبائع، لأن البيع هنا لازم على الفرض و القاعده المسلمه ان التلف قبل القبض من البائع لا ـ دافع عنها و توهم أن المالك للمبيع هو المشترى فمقتضى الملازمه بين النماء و الدرك هو كون التلف من المشترى قبل الثلاثه و لكن قد عرفت فيما سبق أن قاعده كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه وارده فى تلك القاعده فلا بدّ من كون الدرك على البائع لكون التلف قبل القبض.

و على الجمله لا نعرف وجها أصلا لكون التلف قبل الثلاثه و قبل القبض من المشترى و ما نسب الى المفيد و السيد ان لم نحققه و لعل النسبه غير صحيحه و على تقدير الصحه لعلها ناشئه من غلط النسخه و الا فلا يحتمل أن يقول مثل المفيد و السيدان، بكون التلف من المشترى مع كون القاعده المسلمه و هى ان التلف قبل القبض من مال البائع على أنه لو كان نظرهم فى كون التلف قبل الثلاثه من البائع على قاعده الخراج بالضمان فلما ذا لم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۵

يلتزموا بذلك بعد الثلاثه بل كان الالتزام به هناك اولى.

ثم ان للشيخ الطوسى هنا عباره قد

تعرض بها المصنف و لا بأس بالتعرض لها و توجيهها على نحو يليق بمقام الشيخ حكى العلامه فى المختلف عن الشيخ أنه قال فى النهايه: إذا باع الإنسان شيئا و لم يقبض المتاع و لا قبض الثمن و مضى المبتاع فان العقد موقوف ثلاثه أيام فإن جاء المبتاع فى مدّه ثلاثه أيام كان المبيع له، و ان مضت ثلاثه أيام كان البائع أولى بالمتاع فان هلك المتاع فى هذه الثلاثه أيام و لم يكن قبضه إياه كان من مال البائع دون المبتاع و ان كان قبضه إيّاه ثمّ هلك فى مده الثلاثه أيام كان من مال المبتاع و ان هلك بعد الثلاثه أيام كان من مال البائع على كل حال، لان الخيار له بعدها، انتهى المحكى فى المختلف.

و قد وقع الكلام فى كلام الشيخ و أن هلك بعد الثلاثه أيام كان من مال البائع على كلّ حال، فإنه كالصريح فى شموله لما بعد القبض أيضا مع أنه إذا كان القبض متحققا لا- يكون التلف من البائع و لذا تنظر العلامه فى ذلك بعد ما نقلها فى المختلف و قال: و فيه نظر إذ مع القبض يلزم البيع و ذكر صاحب الحدائق أن مراد الشيخ من هذه العباره هو صوره الخيار و ان كانت عبارته غير ظاهره فيه، و كثيرا غير الشيخ بعباره ظاهره فى غير مراده و تعميم العلامه إلى صوره اللزوم أيضا بلا وجه و اختار المصنف أيضا هذا الوجه و ذكر أن العلامه جعل الفقره الثالثه و هى قوله و ان هلك بعد الثلاثه أيام إلخ، مقابله للفقرتين فيشمل الحكم ما بعد القبض أيضا خصوصا مع قوله على كل حال لكن التعميم مع

أنه خلاف الإجماع مناف لتعليل الحكم بعد ذلك بقوله لأن الخيار له بعد الثلاثه أيام فإن من المعلوم أن الخيار انما يكون له مع عدم القبض فيدل ذلك على أن الحكم المعلل مفروض فيما قبل القبض فلا يشمل لما بعد القبض كما زعمه العلامه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۶

و الظاهر أن عباره الشيخ و نظر العلامه و اشكال صاحب الحدائق و المصنف على العلامه و توجيههما عباره الشيخ لا يظهر لنا وجه ذلك كله فان التعليل الذى ذكره الشيخ بقوله لان الخيار له بعد قوله كان من البائع على كل حال صريح فى أن البائع له الخيار كما ذكره المصنف و أخذه قريبه (قرينه) على عدم اراده الشيخ صوره اللزوم و بذلك أشكل على العلامه و ح فمقتضى ذلك التعليل أن يكون التلف من المشترى لأنه ممّن لا خيار له و كأن المصنف و صاحب الحدائق غفلا من هذه الجهه و أن مقتضى كون الخيار للبائع هو كون الضمان على المشترى.

و على الجمله انا و ان قلنا ان قاعده التلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له لا دليل عليها و لكن الشيخ و غيره تسلموا ذلك و علل كلامه بها و عليه فمقتضى هذا التعليل أن يكون التلف على البائع فلا يمكن تصديق كلام صاحب الحدائق و المصنف و لا كلام العلامه أيضا فإن قول الشيخ على كل حال و ان كان كالصريح فى شمول الحكم لصوره اللزوم أيضا و لكن تعليله كالصريح أيضا فى عدم إراده صوره اللزوم كما لا يخفى و يمكن أن يوجه كلام الشيخ بأن النسخه فيه غلط و انما أبدلت كلمه المبتاع الذى هو المشترى بكلمه البائع اشتباها

و قد استعملت کلمه المبتاع فی کلامه فی المشتری کثیرا و تعلیله کون التلف من المشتری علی کل حال من جهه أن القبض بعد الثلاثه و القبض بعد الثلاثه لا یوجب سقوط خیار البائع و ح فیکون التلف فی زمان خیار البائع و التلف فی زمن الخیار ممّن لا خیار له فکأن الشیخ تعمل بهذه القاعده أو أن غرضه من التعلیل هو التعلیل علی أحد طرفی الحکم و هو صوره عدم القبض و أما صوره القبض فحکمها واضح من جهه أن التلف بعد القبض من مال المشتری و هذا الثانی البصق بکلام الشیخ فإنه بعد ما قسم التلف قبل الثلاثه إلی قسمین أن یکون قبل القبض أو بعده و حکم علی کل

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۴۷

واحد بحکم ثم تعرض لحکم التلف بعد الثلاثه فسیاق الکلام یقتضی ثم لو مکن البائع المشتری من القبض فلم یقبض المشتری المبیع و لم یتسلمه تم تلف عند البائع فهل یکون ضمانه علی البائع أو علی المشتری؟ فذکر المصنف أنه لو کان الضمان المترتب علی عدم القبض مرتفعا بهذا المقدار من القبض أی التخلیه بین المبیع و المشتری کان الضمان علی المشتری و الا کان الضمان علی البائع ثم ذکر أن ارتفاع الضمان بذلک هو الأقوی.

و الذی ینبغی أن یقال انه ان کان مدرک القول بان التلف قبل القبض من مال البائع هو النبوی أو روایه عقبه بن خالد «۱» فلا شبهه فی کون التلف من البائع فإن معنی القبض المذکور فیهما هو الأخذ الخارجی و لا یصدق ذلک علی مجرّد التخلیه بین المالک و المال، بل اعتبر فی روایه عقبه بن خالد أن یخرج البائع المتاع

من بيته و الا فيكون ضمانه عليه، و لكن قد عرفت أن كلتا الروايتين ضعيفتا السند و غير منجبره بشى ء خصوصا الروايه الثانيه لعدم عمل أحد على مضمونها كما لا يخفى و ان كان مدرك الحكم المذكور هو الارتكاز العرفى و بناء العقلاء، و لا شبهه فى حصول القبض بمجرّد التخليه و تمكين المشترى من القبض فإنه لا يشك أحد فى أنه إذا باع أحد متاعا و مكن المشترى من القبض فلم يقبض حتى تلف يكون التلف من المشترى مثلا إذ اشترى أحد شيئا و قال البائع خذ متاعك و قال المشترى يبقى عندك أجيئك بعد ساعه فمضى المشترى و احترق المتاع و هل يتوهم أن ضمان فى مثل ذلك على البائع و على هذا فما ذكره المصنف هو الأقوى على أنه ليس من المتعارف فى التحارج اقباض المبيع من المشترى خارجا.

قوله مسأله: لو اشترى ما يفسد من يومه

فان جاء بالثمن ما بينه و بين

---

(۱) وسائل- ج ۱۲، ص ۳۵۸، باب ۱۰، حد ۱.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۸

اللّيل و الّا فلا بيع له

، أقول: ذهب المشهور إلى أنه لو اشترى أحد متاعا يفسد من يومه و لم يقبضه و لم يقبض الثمن، فان جاء الثمن ما بين الثلاثه و الّا فلا بيع له و للبائع الخيار، و تحقيق فى مدرك ذلك فقد استدل عليه بمرسله محمد بن أبى حمزه «۱» و هى من حيث السند مرسله و لكن الظاهر أن المشهور استندوا إليها فى فتياهم بكون البائع على خيار فى هذه المسأله و عليه فلا تجرى فيها المناقشه الضروريه من احتمال استنادهم الى غيرها نعم يبقى الاشكال فيها من حيث الكبرى حيث قلنا ان الشهره لا توجب جبر ضعف

الروايه كما لا يخفى.

ثم أن فى الوسائل نقل عن الصدوق عن ابن فضّال عن الحسن بن على بن رباط عن زراره «۲» قال: العهده فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم الى اللّيل و يقع الكلام تاره من حيث السند و أخرى من حيث الدلاله أما من حيث السند، أن السند الذى نقل صاحب الوسائل هذه الجمله و نسب روايتها الى الصدوق و ان كان لا بأس به و لكن الاشكال فيه من جهتين، الاولى: أن الصدوق نقل فى الفقيه ما دل على ثبوت الخيار فى الحيوان للمشترى إلى ثلاثه أيّام، و كون الحدث للبائع ثم ألحق بذلك قوله و من اشترى جاريه، و قال للبائع أجيئك بالثمن، فان جاء فيما بينه و بين شهر و الّا فلا بيع، ثم قال: و العهده فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم الى الليل.

و الذى نظن ظنا اطمئنانيا أن الصدوق نقل الروايه الداله على كون الحدث فى الحيوان للبائع إلى الثلاثه و أراد أن يجمع ما يشبهه فألحق

---

(۱) وسائل- ج ۱۲، ص ۳۵۸، باب ۱۱، حديث ۱.

(۲) وسائل- ج ۱۲، ص ۳۵۹، حديث ۲.

به مضمون روايه على بن يقطين «۱» الداله على ثبوت خيار تأخير الثمن فى الجاريه بعد شهر، و ألحق به مضمون مرسله محمد بن أبى حمزه الداله على ثبوت الخيار للبائع فيما يفسده بيومه اذن فتكون الروايه هنا مختصه بمرسله ابن أبى حمزه، و قد افتى الصدوق بطبقها فى ذيل الروايه الداله على ثبوت خيار الحيوان للمشترى كما هو دأبه كثيرا بعد نقل الروايات فإنه ألحق بها مضمون روايه

أخرى مسامح لها و يؤيد ذلك أن الروايه قد نقلها الشيخ فى التذهيب بالسند الذى نقلها الصدوق، و ليست مذيلته بهاتين الجملتين، على أن سوق العباره يقتضى أن لا يكون الجملتان من الروايه و لا يشبه كلام الامام عليه السلام اللّه كما يقتضيه الذوق السليم، فالحاصل ان الذيل من كلام الصدوق كما عليه الأكثر كصاحب الحدائق و غيره و مع الغض عن حصول الظن الاطمئنانى بذلك فلا أقل من الشك فما يشك كونه جزا لا تشمله أدله حجيه الخبر، بل لا بدّ من إحرازه كما لا يخفى و مع الإغماض عن جميع ذلك فالروايه ليست منقوله عن زراره، بل أيضا مرسله كمرسله ابن أبى حمزه فإن الحسن بن على بن رباط ينقل عمن رواه لا عن زراره و انما كتب لفظ زراره و عمن رواه كليهما فى نسخه الوسائل، و الظاهر أنه اشتباه من الناسخ لا اشتباه عمن رواه بزراره و الا فهى مرسله كما فى حدائق و الوافى و غيرهما و أما من حيث الدلاله فمع الإغماض عن ضعف سندها فلا دلاله فيها على المقصود حيث ان المراد من كون العهده على البائع إلى الليل ليس هو ثبوت الخيار له فى أول الليل، بل معناه أن الضمان له الى الليل و بعده ليس عليه ضمان و ان كان تلفا قبل القبض، فان الظهور العرفى من كلمه العهده هو الضمان كما يطلق عليه كثيرا فى العرف.

---

(۱) وسائل- ج ۱۲، ص ۳۵۷، حديث ۶.

و أما مرسله محمد بن أبى حمزه فمن حيث السند قد تقدم الكلام فيها و قلنا ان الظاهر ان المدرك هنا منحصر بها فيكون ذهاب المشهور الى

ذلك نفس هذه المرسله فبناء على انجبار ضعف الروايه بالشهره فتكون منجبره بها، و انما الإشكال فى الكبرى.

و أما من حيث الدلاله فدلالتها على المقصود يحتاج إلى تأويل إجمالا و ان كان لا بأس به.

و توضيح ذلك أن ظاهر المشهور أن ما يفسد من يومه فللبائع فيه الخيار من أول الليل كما هو المستفاد من ظاهر النص أيضا و عليه فلا فائده لثبوت الخيار للبائع فإن أول الليل أول شروع المبيع بالفساد فبعد شروعه بالفساد فأى فائده للخيار فإنه مع فسخ العقد أيضا يقع البائع فى الضرر نعم لو كان مراد الفقهاء ما ذكره الشهيد كما هو المضمون فإنه لسان الفقهاء و يطلع على مرادهم و ان كان كلامهم مجملا فلا اضطراب فى كلمات الفقهاء فإنه عبر عن هذا الخيار فى الدروس بخيار ما يفسده المبيت و عليه فأول الليل ليس زمان الشروع بالفساد لأن المبيت هو المفسد للمبيع فيكون الخيار فى أول الليل دافعا لضرر البائع و أما تطبيق الروايه على هذا فيمكن أن يراد من اليوم، اليوم مع ليله، كما هو المتعارف فى الإطلاقات كثيرا و على هذا فلا فساد فى استناد المشهور فى فتياهم على المرسله فلا بأس بهذا المقدار من خلاف الظاهر، و لكن الذى يسهل الخطيب أن الشهره لا تجبر ضعف الروايه اذن فلا مدرك للقول بثبوت الخيار هنا.

ثم انه قد استدل المصنف على ثبوت الخيار هنا للبائع بقاعده لا ضرر و قد تقدم الجواب عنها فإنه لم ينشأ الضرر من ناحيه لزوم العقد بوجه بل.

اما من جهه ضمان البائع به فإنه التلف قبل القبض من مال البائع فيرفع ضمانه و ان كان من جهه لزوم حفظه للمشترى فيرفع وجوب

ذلک.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۵۱

و اما من جهه تأخیر الثمن فیرتفع الضرر بغیر الفسخ من المقاصه و نحوها و کیف کان فدفع الضرر عن البائع لیس منحصرا بفسخ العقد حتی یلتزم بالخیار بدلیل نفی الضرر کما هو واضح.

ثم ان الشروط التی ذکرناها فی خیار التأخیر جار هنا بناء علی ثبوت الخیار هنا للبائع فإن هذا أیضا قسم من خیار التأخیر.

ثم هل یضمن البائع المبیع لو تلف عنده و لم یجئ المشتری بالثمن أم لا؟ قد تقدم فی خیار التأخیر، أن التلف سواء کان قبل الثلاثه أو بعده علی البائع إذا کان قبل القبض للارتکاز العقلائی و لکن هذا الارتکاز منفی فی المقام فإنه لا یساعد أحد علی أنه إذا اشتری أحد متاعا یفسد من یومه و خلی عند البائع و تلف عنده کان البائع ضامنا لو ادعی أحد ضمانه علی البائع یضحک علیه.

و بعباره أخری أن ما ذکرناه سابقا لم یکن التلف فیه مستند الی عدم مجی ء المشتری، و فی المقام ان التلف مستندا الی عدم مجیئه لأن المبیع لا دوام للبقاء فیتلف من جهه تأخیره و الحکم أوقع فیما إذا کان المتاع یفسد من ساعته کالثلج و نحوه، و فی جمیع ذلک أن التلف عن المشتری و من هنا یعلم أن الحکم فی أمثال المقام لا یحتاج إلی الروایه، بل هو علی طبق القاعده من کون التلف عن المالک کما هو واضح.

و الحاصل: ان کان مدرکه هو مرسله ابن أبی حمزه فهی من حیث الدلاله و ان کانت تامه لأن المراد من الیوم المذکور فیها هو الیوم و لیله فلا یرد علیها أنها لا تنطبق علی فتوی المشهور، و لکن الضعف السند

مانع عن الأخذ بها الا بناء على انجبار ضعف الروايه بالشهره.

و ان كان المدرك لذلك هو قاعده نفى الضرر فقد عرفت أن ارتفاعه لا يتوقف على ثبوت الخيار للبائع على أن النسبه بين ما ذكره المشهور من ثبوت

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٧، ص: ۵۲

الخيار للبائع من أول الليل و بين مفاد لا ضرر عموم من وجه فإنه قد يكون الضرر قبل انتهاء اليوم و قد يكون فى وسط الليل، و قد يكون أول الليل فاذن فلا تنطبق القاعده على فتوى المشهور.

و قلنا: ان الذى ينبغى أن يقال أن السيره قائمه على أن التلف قبل القبض من مال البائع كما تقدم لأن الأخذ و الإعطاء من متممات البيع و مع الانتفاء ينتفى البيع، و قد عرفت ذلك آنفا و لكن هذه السيره غير جاريه فى بيع ما يفسد ليومه، و ذلك لأن ما ذكرنا انما هو فى مورد يكون التلف سماويا و لم يكن مستندا إلى تأخير المشترى فى الإتيان بالثمن، بأن اشترى متاعا يفسد ليومه و تأخر فى إتيان الثمن حتى تلف المبيع، فإنه حينئذ يحسب التلف على المشترى و ان كان قبل القبض فإن البائع لم يمنع عن التسليم من قبله، بل مكنه من الأخذ و تركه المشترى عند البائع ليجى ء بالثمن فلم يجى ء فتلف المبيع لتأخيره و عليه فلا يختص الحكم بما يفسد ليومه، بل يجرى فيما يفسد من ساعته أو نصف يوم أو يومين فإن السيره الداله على ضمان البائع قبل القبض لا يجرى فى ذلك كله بوجه.

و على هذا فهل يثبت الخيار للبائع هنا من جهه تأخير الثمن بأن يفسخ المعامله و يبيع المبيع من شخص آخر؟ لأنه يحتمل أن

لا ـ يجى ء بالثمن أصلا فإذا تلف المبيع فيذهب ماله هدرا خصوصا إذا لم يعرف المشترى لكونه غريبا أو لا يتمكن من أخذ الثمن منه أو ليس له خيار، يمكن أن يقال بثبوته له من جهه السيره أيضا بدعوى أنها جاريه على حفظ الماليه فى المبادلات و انما وقعت المبادله بين المالين فإذا كان مال البائع فى معرض التلف و الزوال فلا يبعد قيام السيره و بناء العقلاء على ثبوت الخيار للبائع لئلا فيتضرر بذهاب ماله فالخيار حينئذ يكون ثابتا بالسيره فتكون حكمته نفى الضرر و مع عدم الجزم بهذه السيره فإثبات الخيار مشكل جدا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۳

و يمكن إثبات الخيار بالسيره أيضا و لكن ببيان آخر حاصله أن المعامله الواقعيه بين المشترى و البائع حينئذ ليست بنسيئه غايه الأمر أن المشترى استمهل من البائع أن يتأخر بالإتيان بالثمن على هذا فالمتبايعان قد اشترطا فى المبيع من الأول ضمنا بحسب بناء العقلاء و ارتكازهم و سيرتهم أنه يجب على كل من المتبايعين إعطاء العوض للآخر فإذا تخلف أحدهما عن ذلك ثبت للآخر خيار تخلف الشرط غايه الأمر أن البائع قد أسقط خياره هذا فى الجزء الأول من الزمان و اما فى غيره فخياره باق على حاله فالخيار فى أمثال المقام من جهه تخلف الشرط.

و دعوى أن له خيار واحد فإذا أسقطه فى أول الوقت سقط دائما لعدم تعدد الخيار حتى يبقى الآخر بعد سقوط واحد من ذلك دعوى جزافيه لأن الخيار هنا واحد بلا شبهه الا أنه ينحل بحسب الزمان فالإسقاط بحسب مقدار من الزمان لا أصله فيكون فى غير زمان الاسقاط باقيا على حاله كما هو واضح.

و بعباره أخرى قد ذكرنا فى

معنى جعل الخيار لأحد المتبايعين أن مرجعه إلى إيقاف التزام البائع بالبيع على التزام المشترى بالشرط الذى اشترط فى البيع كأن باع ماله منه و اشترط عليه خياطه ثوبه مثلا- فان توقف التزامه بالبيع بالتزام المشترى بالشرط يشمله دليل وجوب الوفاء بالشرط فيكون الشرط واجب الوفاء على المشترى و يكون مرجع هذا الاشتراط الى كون البيع مقيدا بذلك و أنه مع عدم هذا الالتزام الشرطى ليس هنا التزام بالبيع فإذا تخلف البائع عن التزامه يتخلف المشترى أيضا عن التزامه فلازم ذلك ثبوت الخيار للبائع فالخيار و ان لم يثبت بالاشتراط بالمطابقه و لكن يثبت بذلك بالالتزام كما هو واضح.

و على هذا ففى المقام أن البائع قد اشترط فى ضمن العقد و لو بحسب

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۴

الارتكاز و بناء العقلاء و سيرتهم على المشترى وجوب تسليم الثمن نقدا و لكن إمهاله فى تأخيره مقدارا من الزمان و أسقط شرطه الثابت بحسب السيره مده خاصه لأنه حق له فقد قامت السيره القطعيه على جواز إسقاط الحق فلا يرد أن الاسقاط بلا دليل فى مقام الإثبات و ان كان ممكنا ثبوتا فإذا لم يجى ء المشترى الثمن فى هذه المده فللبائع الخيار من جهه تخلف ذلك الشرط فى ضمن العقد فثبوت الخيار ح على القاعده و هذا لا بأس به بل نجزم بذلك جزما قطعيا و لا يفرق فى ذلك بين كون المتاع من يفسد ليومه أو فى يومين أو فى ساعه أو فى ساعتين، بل يجرى فى جميع ذلك، بل يجرى ذلك فيما لا يتلف، بل يبقى مده كثيره و لكن يذهب سوقه لبعض إلا متعه فى هذه البلاد فى أيّام الزوار فإذا اشترى

أحـد سـبحه من شـخص و خلى عنـده و قال أجى ء بالثمن فلم يجى ء و كان الصبر أزيـد من ساعه مثلا، موجبا لزوال السوق فله الخيار فإذا فسخ العقد و إذا جاء المشترى فليس له شى ء.

السادس خيار الرؤيه

اشاره

قوله السادس خيار الرّؤيه:

أقول: ان كـان المراد من خيـار الرّويه الخيار المسـبب عن اشتراط المتبايعين كون المبيع على وصف كـذا فإذا رآه المشترى مثلا فوجده غير واجد للوصف فيحكم بثبوت الخيار له، فلا شبهه حينئذ فى كون ذلك من صغريات خيار تخلف الشرط و انما ذكروا ذلـك مسـتقلا لورود النص عليه و هـذا الوجه يظهر من الفقهـاء خصوصـا من شـيخنا الأنصـارى حيث جعل عنوان المسأله ما هو ظاهر فى إدراج ذلك من خيار تخلف الشرط و قال: (المراد به الخيار المسبب عن رؤيه المبيع على خلاف ما اشترطه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۵

فيه المتبايعان) و عليه فلا يفرق فى ثبوت ذلك بين المشترى و البائع فى الثمن و المثمن.

و ان كان المراد من ذلك أن المشترى قـد أقـدم على الشـراء باعتقاد أن المبيع واجـد لوصف كـذا كأن اشترى عبـدا باعتقاد أنه عـالم لكون والـديه عالمـا أو حصـل له الاعتقـاد من توصـيف المشترى من غير اشتراط ذلك فى البيع بالشـرط الضـمنى ثم ظهر الخلاف من غير أن يكون نقص القيمه ليـدخل فى خيـار الغبن فيكون للمشترى الخيـار و على هـذا الوجه لا يكون منـدرجا فى خيـار تخلف الشـرط بل يكون خيارا آخر فى مقابل خيار تخلف الشـرط و غيره و لا شـبهه أن كلمات الفقهاء مضـطربه فى هـذا المقام و لم يعنون هذه المسأله على ما ينبغى فى كلماتهم و قد عرفت أنه يظهر منهم كون هذا الخيار من

ناحيه الاشتراط و لكن الظاهر من الروايه هو الوجه الثانى و أنه خيار آخر فى مقابل بقيه الخيارات و الروايه هى صحيحه جميل بن درّاج «۱» قال:

سألت أبا عبد اللّه عليه السلام، اللّه عن رجل اشترى ضيعه و قد كان يدخلها و يخرج منها فلمّا أن نقد المال صار الى الضيعه فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله فقال أبو عبد اللّه عليه السلام انه لو قلب منها و نظر الى تسعه و تسعين قطعه ثم بقى منها قطعه و لم يرها لكان له فى ذلك خيار الرؤيه.

فإن إطلاقها يشمل صوره عدم الاشتراط أيضا بأن اعتقد كون جميع الضيعه على النحو الذى رآها جمله منها و على الوجه الذى اعتقد بها و لو من توصيف البائع فاشتراها بغير اشتراط ثم دخلها فقلبها فوجدها على غير الذى اعتقد بها، فقال الامام عليه السلام اللّه فى ذلك ان له خيار الرؤيه و مع الحمل على التوصيف لا يكون بيع مجهول.

---

(۱) وسائل- ج ۱۲، ص ۳۶۱، باب ۱۵، حديث ۱.

فهذه الروايه تدل بإطلاقها على ثبوت خيار الرؤيه للمشترى بل يمكن دعوى اختصاصها بصوره عدم الاشتراط الذى هو مورد خيار الرؤيه و توضيح ذلك أن الرؤيه ليست لها موضوعيه فى صحه البيع بالضروره و لا فى لزومه بحيث أن يحكم ببطلان البيع مع عدم الرؤيه أو بثبوت الخيار فيه بأن باع شيئا بالتوصيف ثم رآه المشترى فيثبت له خيار الرؤيه بمجرّد ذلك، بل انما يثبت خيار الرؤيه مع الاعتقاد بكون المبيع واجدا لوصف كذا، اما بالتوصيف من البائع أو بحسب الاعتقاد المبنى على المواطاه بينهما ثم ظهر خلاف اعتقاده من غير أن يكون

ذلک موجبا لنقص القیمه فإنه یثبت للمشتری حینئذ خیار الرؤیه و هذا النحو من التخلف غیر التخلف فی صوره الاشتراط فتکون الروایه شاهده لثبوت خیار الرؤیه و علی الجمله لا یدور خیار الرؤیه مدار الرؤیه و عدمها لعدم الموضوعیه لنفسها بالضروره بل مدار خلاف الاعتقاد الحاصل من التوصیف و نحوه فلیس کل تخلف تخلفا للشرط الموجود فی العقد حتی یرجع ذلک الی خیار تخلف الشرط فتکون الروایه حینئذ أجنبیه عن خیار تخلف الشرط بهذا البیان علی أن مورد الروایه هو صوره عدم الاشتراط حیث أن المشتری بعد ما اشتری الضیعه فدخلها و خرج منها فاستقال من البائع فلم یقله فقال الامام علیه السلام: اللّه فله خیار الرؤیه فلو کان هنا اشتراط فإنه لم یکن محتاجا إلی الاستقاله بل فسخه بمقتضی خیار تخلف الشرط، و کیف فلا بأس بدلاله الصحیحه علی ثبوت خیار الرؤیه ثم انه لم یذکر فی الروایه إلا خصوص المشتری فلا تشمل الروایه علی البائع إلا بدعوی الإجماع علی عدم الفرق بینهما أو بتنقیح المناط فی الروایه بأن یقال ان البیع قائم بالطرفین من البائع و المشتری فإذا ثبت خیار الرؤیه فیه للمشتری یثبت للبائع أیضا إذ نقطع بأن المناط فی ثبوت الخیار له لیس إلا إرفاق حال و ملاحظه أنه لا یقع فی الضرر و هو جار فی البائع أیضا و من لم یذکر فی الروایه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۵۷

إلا أن المشتری اشتری ضیعه و دخلها و قلبها أو فتشها کما فی بعض النسخ فخرج منها و استقال البائع فلم یقله فقال الامام علیه السلام: اللّه أنه إذا لم یر قطعه منها فله الخیار و من البدیهی أن عدم

رؤيه المشترى لاـ خصوصيه فيها لكى نخصص الحكم به بل نقطع من ذلك أن المناط فى ثبوت الخيار له هو الإرفاق و عدم الرؤيه و اذن فلا بأس بتميم الخيار للبائع أيضا.

أقول: أما الوجه الأول فهو دعوى الإجماع على التعميم فمضافا الى عدم حجيه الإجماع المنقول أنه من المحتمل أن يكون مدرك المجمعين هو ارجاعهم هذا الخيار بخيار تخلف الشرط فحينئذ يكون ثبوت الخيار على القاعده فلا يكون الإجماع ح إجماعا تعبديا، بل يكون مدركه هو اشتراط المتبايعين كما هو واضح.

أما الوجه الثانى: فنقول أن دعوى ثبوت خيار الرؤيه للبائع قد يكون فى الثمن و أخرى فى المثمن أما الأول فلا شبهه فى صحه تنقيح المناط لأن نسبه البيع إلى البائع و المشترى و الى الثمن و المثمن على حد سواء فإذا ثبت الحكم بالنسبه إلى المثمن لخصوص المشترى فى مورد مع عدم ذكر خصوصيه له فى ما دل على ثبوت ذلك الحكم له فنجزم من ذلك أن الحكم يعم البائع أيضا و أما دعوى ثبوت ذلك فى المثمن بأن باع شيئا باعتقاد أنه كذا اعتمادا على توصيف شخص ثم رأى أنه أرقى مما وصفوه له، و لكن لاـ بحيث يكون موجبا للغبن و الا فيكون له خيار الغبن، بل كانت الارقائيه على نحو لا يوجب زياده الثمن بل كانت القيمه التى باع المتاع بها قيمه عادله بل أكثر من ثمن المثل فهل له خيار الرؤيه هنا بتنقيح المناط؟ أولا فالظاهر هو عدم الجزم بذلك و ان كان محتملاـ و لكن بمجرّد الاحتمال لاـ يمكن الحكم بثبوت الخيار للبائع بمجرّد تخلف اعتقاده عن الواقع كما هو واضح.

و ذكر المصنف أنه حكى عن بعض أنه يحتمل

فی صحیحه جمیل أن یکون

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۵۸

التفتیش عن البائع بأن یکون البائع باعه بوصف المشتری و ح فیکون الجواب عاما بالنسبه إلیهما و فیه أنه واضح الفساد و لا ندری أن المصنف لما ذا نقله فإنه خلاف ظاهر الروایه، بل صراحتها حیث ان الضمائر کلها ترجع إلی المشتری علی أن مورد الروایه هو المشتری و السائل إنما سأل عنه فکیف یمکن حمل التفتیش علی تفتیش البائع و حمل الجواب علی الأعم من البائع و المشتری و کیف کان أن ظهور الروایه فی ثبوت خیار الرؤیه لخصوص المشتری مما لا ینکر و لا بأس بإثباته للبائع فی خصوص الثمن بتنقیح المناط ثم انه استدل فی الحدائق علی ثبوت خیار الرؤیه علی المشتری بصحیحه «۱» زید الشحام، قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام: اللّه عن رجل اشتری سهام القصابین من قبل أن یخرج السهم، فقال: لا تشتر شیئا حتی یعلم أین یخرج السهم فان اشتری شیئا فهو بالخیار إذا خرج ثم قال و توضیح هذا الخبر ما رواه فی الکافی و التهذیب فی الصحیح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن منهال القصاب و هو مجهول قال: قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: اشتری الغنم أو یشتری الغنم جماعه ثم یدخل دارا ثم یقوم رجل علی الباب فیعد واحدا و اثنین و ثلاثه و أربعه و خمسه ثم یخرج السهم قال لا یصلح هذا انما تصلح السهام إذا عدلت القسمه الخبر.

أقول: لم نفهم وجه الاستدلال علی المقصود بروایه زید الشحام و لا وجه الاستشهاد علیه بروایه عبد الرحمن بن الحجاج أما الثانی فلان روایه عبد الرحمن ناظره إلی بطلان القسمه المذکوره بأن اشتری

جماعه أغناما اما مشاعا كما هو الظاهر أو معينا ثم أدخلوها فى قبه ثم يخرجوها

---

(۱) وسائل: ج ۱۲، ص ۳۶۲، یب: ج ۲، ص ۱۴، الفروع: ج ۱ ص ۳۹۲، فقیه: ج ۲ ص ۷۶.

منها فيقف رجل بالباب فيعد لصاحب الخمسه خمسه، و لصاحب الاثنين اثنين و لصاحب العشره عشره و هكذا و بيّن الامام عليه السلام وجّه البطلان و هو أن هذه ليست بقسمه عادله لتفاوت الافراد بالسمن و الهزال و يمكن جريان هذه القسمه فى الغنم الواحد أيضا بأن ذبحوه بعد الشراء و يأخذ واحد صدره و الآخر رجله و هكذا فافهم، و هذا واضح فليس فى هذه الروايه إشعار بثبوت خيار الرؤيه لأحد المتبايعين و لا أن فيه إشاره إلى شراء لشخص واحد سهام القصابين قبل خروج السهم، فالروايه أجنبيه عن المقام و أما صحيحه زيد الشحام فهى أيضا خارجه عن المقام و الوجه فى ذلك هو ما ذكره المصنف من أن المشترى لسهم القصاب ان اشتراه مشاعا فلا مورد لخيار الرؤيه لعدم التعين و ان اشترى سهمه المعين الذى يخرج فهو شراء فرد غير معين و شراء قبل التملك، فهو لا يصح فضلا عن ثبوت خيار الرؤيه فيه و على تقدير الصحه فلا خيار فيه للرؤيه كالمشاع.

ثم ذكر المصنف تفسير الروايه بأنه يمكن حملها على شراء عدد معين نظير الصاع من الصبره فيكون له خيار الحيوان إذا خرج السهم.

و فيه أن خيار الحيوان انما يثبت فى البيع من حين العقد لا من بعده فلا وجه لحمل الروايه على ذلك.

و يمكن أن يقال: ان المراد من الروايه أن الامام عليه السلام: اللّه قد حكم ببطلان

البيع لكونه من قبيل شراء ما لا يملكه البائع لعدم خروج السهم على الفرض ثم حكم بالخيار بعد ذلك، أى بكونه مختارا فى الشراء و عدمه بعد القسمه و خروج السهم فيكون المراد من الخيار الاختيار اعنى معناه اللغوى.

فتحصل أن خيار الرؤيه خيار مستقل فى عرض خيار الشرط و دليله صحيحه جميل بن دراج، فافهم.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۶۰

قوله: مسأله مورد هذا الخيار،

أقول: ذكر المصنف

أن مورد هذا خيار الرؤيه بيع العين الشخصيه الغائبه

و ذكر أن المعروف أنه يشترط فى صحته ذكر أوصاف المبيع التى يرتفع بها الجهاله الموجبه للغرر إذ لولاه لكان غررا، أقول: الظاهر أن مراده من ذلك نفى خيار الرؤيه فى المبيع الكلى فى الذمه فإنه لا يمكن فى مثل ذلك الالتزام بخيار الرؤيه فإنه إذا لم يكن ما سلمه البائع إلى المشترى موافقا للمبيع الكلى فله التبديل دون الخيار و أما فى الكلى فى المعين و فى المشاع يعنى إذا كان المبيع شيئا منهما فلا- بأس بثبوت خيار الرؤيه فيه على مسلك المصنف حيث ذهب الى أن خيار الرؤيه من جهه تخلف الشرط الضمنى فإنه لا- شبهه فى إمكان تخلف الوصف فى مثل بيع المشاع و الكلى فى المعين كما إذا وصف صبره و اعتقد المشترى أنها واجده لوصف فلانى، أو وصف شخص آخر، ذلك و اعتقد عليه المشترى فاشترى نصف المشاع منها أو اشترى صاعا منها ثم انكشف أن الصبره غير واجده لذلك الوصف فان له خيار لتخلف الوصف لا يقال ان المصنف قد صرح فى المسأله السابقه بانتفاء خيار الرؤيه فى المبيع المشاع فى الجواب عن الاستدلال بروايه شراء سهام القصابين فكيف يمكن شرح كلامه هنا على هذا النحو.

و فيه أن المصنف لم يذهب

هنـاک الى نفى خيار الرويه عن المبيع المشاع، بل كان غرضه فى مورد شـراء سـهام القصابين ليس خيار الرؤيه سواء كان المبيع مشاعا أو معينا لأنه قـد رأى المبيع و اطلع عليها و لا يلزم بعـد الرؤيه و الاطلاع على أوصافه تخلف ليلزم خيار التخلف الوصف و انما التفاوت منشأ من ناحيه شراء سهامهم قبل الشراء حيث لا يعلم أنها على أى كيفيه أنها أقل أو أكثر و أنها جيده أم لا فالمورد له خصوصيه تقتضى انتفاء خيار الرؤيه لأن المبيع قد لوحظ قبلا فلا يكون هنا خيار الرؤيه سواء كان المبيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۶۱

مشاعـا أو معينا على أنه إذا كان معينا فهو باطل و لا يلزم من ذلک نفى خيار الرؤيه فيما كان المبيع مشاعا أو كليا فى المعين بان اعتقد على توصيف فظهر خلافه.

و أما على مسـلكنا من كون خيار الرؤيه للروايه فلا شـبهه فى ثبوته فى العين الشخصـيه الغائبه لكون ذلک مورد الروايه و لا يبعد الالـتزام بثبوته فى المبيع المشـاع لأنـه و أن كـان خارجـا عن مورد الروايه و لكن مقتضـى فهم العرفى هو أن لاـ يفرق بين شـراء الضـيعه بتمامها الذى هو مورد الروايه و بين شراء نصفها مثلا مشاعا، فيمكن بذلک أن يدخل المبيع المشاع أيضا مورد الروايه و أما بيع الكلى فى المعين فهو خارج عن ذلک قطعا كما هو واضح.

ثم ذكر المصـنف أنه عبّر جمـاعه عن أوصاف المبيع التى ترتفع بها الجهاله بما يختلف الثمن باختلافها كما فى الوسـيله و جامع المقاصد و غيرهما لأن الرغبات يختلف باختلاف أوصاف الأشياء و عبر عنها جمع آخر بما يعتبر فى صحه السلم بحيث لا يكون

بيع السلم غرريا و جمع آخر و الشيخين اقتصروا على اعتبار ذكر الصفه ثم ذكر أن مراد جميعهم واحد و هو اعتبار ذكر الوصف على نحو يرفع الغرر

ثم ذكر عباره التذكر و ذكر أنه قد يتراءى التنافى بين اعتبار ما يختلف الثمن باختلافه و كفايه ذكر أوصاف السلم من جهه أنه قد يتسامح فى السلم ذكر بعض الأوصاف لإفضائه الى عزه الوجود أو لتعذر الاستقصاء على التحقيق ثم وجه ذلك و رفع توهم التنافى بوجهين و لا يهمنا شرح كلام القوم و الذى يهمنا أنه لا شبهه فى شمول العمومات الداله على صحه البيع لكل بيع، و لم يخرج من تلك العمومات الا ورود النهى فى النبوى عن بيع الغرر الذى تقدم ذلك فى شرائط العوضين و توضيح ذلك أنه قد يراد من نفى الغرر لزوم ذكر الأوصاف فى السلم و غيره بما يرفع الجهاله

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۶۲

المداقه بأن لا يبقى جهل بخصوص وصف بأوصاف المبيع حتى مدحظه الطمع مثلا فى مثل البطيخ و نحوه و هو بديهى البطلان قطعا لعدم اعتبار ذلك فى صحه بيع السلم قطعا لإفضائه الى عزه الوجود و قد يراد من نفى الغرر ذكر الأوصاف على نحو الاجمال و التسامح فى ذلك بحيث لم يحصل الاطلاع على الأوصاف التى تختلف بها الرغبات و هذا أيضا منفى و بديهى البطلان لأنه ينجر الى الغرر و النزاع و المشاحه و قد نهى النبى (ص) عن بيع الغرر بناء على تماميته أو قيام السيره على ذلك كما تقدم فى شرائط العوضين بل لا بدّ من الأخذ بالوسط و الأمر بين الأمرين بحيث يلزم ذكر الأوصاف على نحو يرفع الجهاله

عرفا و لا يلزم المداقه فى ذلك و لا يكفى المسامحه فى ذلك، و على هذا فيرتفع الغرر بذلك ثم و لو كان هذا التوصيف بذكر الأجانب غير المالك و على هذا فإذا تخلف الوصف يثبت للمشترى خيار الرؤيه بمقتضى الروايه و ان لم يكن اشتراط فى العقد ليلزم تخلف الوصف و يثبت الخيار من جهه ذلك لعدم التزام البائع بذلك، بل يذكر الوصف بعنوان أنه مخبر عن ذلك أو يسئل المشترى الأوصاف من الأجانب الذين يطلعون على المبيع كما لا يخفى.

و على الجمله فلا بدّ فى الغرر و أن يرجع الى العرف كما اعترف به المصنف أيضا بل السيره قائمه على عدم اعتبار الاطلاع بأوصاف المبيع بأجمعها كما هو واضح.

و من هنا ظهر أنه لا وجه لاعتبار العرف و الشرع فى الغرر و القول بأن الغرر العرفى أخص من الشرعى كما فى كلام المصنف إذ لم يرد فى الشريعه ما يرجع الى الغرر الا قول النبى (ص) نهى النبى عن بيع الغرر من دون بيان مفهومه و حقيقته فلا وجه لأخذ الغرر الشرعى أعم من العرفى بل الغرر عرفى دائما، نعم ورد اعتبار الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون و لكن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۶۳

لا من جهه نفى الغرر، بل لموضوعيه المكيل و الموزون حتى لو كان الغرر مرتفعا بوجه آخر فأيضا لا يصح فيهما البيع بدون الكيل و الوزن بأن جعل مثلا الحنطه فى أحد كفتى الميزان و الشعير فى الطرف الأخر مع كون قيمتهما مساويه فرضا و مع ذلك لا يصح البيع و كذا أن اعتبار العلم بجنس المبيع ليس من جهه الغرر، بل للإجماع على ذلك الا

أن ينـاقش فيه بأن مـدرك المجمعين هو دليل نفى الغرر و أن اعتبار العلم بجنس المبيع من جهه أن لا يكون البيع غرريا كما هو واضح.

ثم ذكر المصـنف أنه يمكن الاستشـكال فى صـحه هـذا العقد بأن ذكر الأوصاف لا يخرج المبيع عن كونه غررا لأن الغرر بدون أخذ الصفات من حيث الجهل بصفات المبيع فإذا أخذت فيه مقيدا بها صار مشكوك الوجود لأن العبد المتصف بتلك الصفات مثلا لا يعلم وجوده فى الخارج و الغرر فيه أعظم.

ثم أجاب أولا و حاصله ما ذكره فى البحث عن بيع الغرر أنه بمعنى الخطر و هو آمر نفسانى يزول بالاطمئنان على وجود المبيع و أوصـافه فـإذا وصـفه البـائع أو شـخص آخر ذلـك المبيع و اطمـأن المشترى على كونه متصـفا بوصف كـذا ارتفع الغرر ح و إذا انكشف الخلاف ثبت له خيار الرؤيه بالروايه المتقدمه و هى صحيحه جميل بن دراج، و هذا وجه وجيه.

ثم أجاب ثانيا بأن أخـذ الأوصاف فى معنى الاشتراط لا التقييـد فيبيع العبد مثلا ملتزما بكونه كذا و كذا و لا ضـرر فيه ح عرفا، و هـذا الوجه أيضـا وجيه و ان كـان الخيـار الثـابت فى البيع ح خيار تخلف الشـرط و توضـيح ذلك أن الأعيان الخارجيه غير قابله للإطلاق و التقييـد، بل هى موجوده على ما هى عليها فلا تتغير عن واقعها بقيـد من القيود و عليه فلا مناص من رجوع التقييد فيها الى الاشتراط فمعنى أنه بعتك العبد الكاتب أن البيع مشروط بالكتابه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۶۴

أى أن التزام المشترى بالكتابه مشروط بكون العبد كاتبا و الا فله الخيار فى ذلك اذن فلا وجه لبطلان البيع كما هو واضح.

ثم أنه

لا معنى لكون الاشتراط هو الالتزام بالوصف الخارجى بأن يلتزم البائع بكون المبيع متصفا بوصف كذا و على هذا فالاشتراط قد يكون راجعا الى البيع بمعنى أن إنشاء البيع يكون معلقا بكون المبيع واجدا لذلك الوصف و الا فلا بيع أصلا فهذا لا شبهه فى بطلانه لكونه تعليقا و التعليق فى العقود يوجب البطلان الا أن يكون الوصف المعلق عليه البيع من الصوره النوعيه العرفيه بحيث يرجع التعليق الى التعليق بأصل وجود المبيع فحينئذ لا يحكم بالبطلان فان ذلك ضرورى فضلا عن يكون موردا للإجماع القائم على بطلان التعليق و ان كان راجعا الى الالتزام بأن يلتزم كل من البائع و المشترى على البيع بشرط أن يظهر المبيع بوصف الكتابه أو يخيط البائع للمشترى ثوبا و نحو ذلك بأن يشترط فى البيع وجدان المبيع وصف الكمال و ظهر خلاف، فحينئذ للمشروط له خيار تخلف الوصف و ان لم يكن ذلك بالاشتراط بل بالتوصيف و لو من غير البائع ثم ظهر الخلاف ثبت للمشترى خيار الرؤيه بالروايه على مسلكنا و ان كان التخلف فى أوصاف الصحه ثبت للمشروط له خيار العيب سواء كان مع ذلك خيار تخلف الشرط و خيار الرؤيه أم لا، و حينئذ كان المشروط له مخيرا بين الفسخ و الإمضاء مع الأرش أو بدونه و أما فى غير صوره انتفاء وصف الصحه فلا مجال للأرش بل يكون له الخيار فقط، لأنه انما ثبت بدليل خاص فى فرض ظهور المبيع أو الثمن معيوبا أى منتفيا عنه وصف الصحه لا مطلقا كما لا يخفى.

ثم انه جعل جمع كثير من المتأخرين بطلان العقد بانتفاء الشرط على القاعده كما يظهر من المنتهى و ذهب اليه المحقق الأردبيلى،

بل مال اليه المصنف و لكن ذكر أن ملاحظه موارد ذلك فى الفقه يقتضى الخروج عن ذلك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۶۵

و عدم كون التخلف موجبا للبطلان، بل ثبوت الخيار فقط و الوجه فى ذلك أن ما وقع عليه العقد أى المبيع المشروط بشرط كذا غير واقع و المبيع المطلق لم يقع عليه العقد فيحكم بالبطلان فالمعقود عليه غير موجود و الموجود غير معقود عليه.

و لكن يرد عليه أن الشرط ان كان راجعا إلى أصل البيع فقد عرفت أنه يوجب البطلان لا من جهه الغرر، بل للتعليق المجمع على بطلانه فى العقود إلا إذا كان التعليق بأصل وجود المبيع أو بما يكون نازلا منزلته.

و ان كان راجعا الى الالتزام كما هو كذلك فلا يوجب تخلف الشرط الا الخيار كما ذكرناه نعم لو كان الوصف المتخلف من الصوره النوعيه فيكون موجبا للبطلان و كان لما ذكرناه وجه لأن ما جرى عليه العقد فهو غير واقع و ما هو واقع لم يجر عليه العقد كما لا يخفى و على هذا فالبطلان ليس موافقا للقاعده.

و العمده فى ذلك الذى استند اليه القائل بالبطلان و ان لم يكن الوصف المتخلف من الصوره النوعيه ما ذكره المصنف من قياس المقام بالشروط الفاسده بناء على كون الشرط الفاسد موجبا لبطلان العقد بأن المقام و أن لم يكن من باب التخلف فى الصوره النوعيه كما إذا قال بعتك ما فى البيت على أنه عبد حبشى فبان أنه حمار وحشى و لكن تلتزم بالبطلان فى المقام أيضا أعنى صوره تخلف الشرط فان اتصاف المبيع بالأوصاف فى معنى كون القصد الى بيعه بانيا على تلك الأوصاف فإذا فقد ما بنى عليه العقد

فا- لمقصود غير حاصل فينبغى بطلان البيع كما التزموا بالبطلان فى اشتراط الشرط الفاسد فى البيع كما هو واضح.

و لكن يرد عليه أن بطلان العقد لاشتراط الشرط الفاسد فيه بناء عليه انما هو من جهه كون البيع مقيدا بالالتزام على هذا الشرط و قد جعل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۶۶

الشارع هذا الالتزام كلا التزام و أخرجه عن عموم المؤمنون عند شروطهم بكونه مخالفا للشرع فيكون ذلك موجبا للبطلان و هذا بخلاف صوره تخلف الشرط فان الالتزام لم يجعل كلا التزام، بل انما لم يوجد متعلق الشرط فى الخارج فيكون ذلك موجبا للخيار و كم فرق بين الأمرين.

و دعوى أن البيع انما هو على هذا الشرط أى إنما إنشاء البيع على تقدير هذا الشرط و الا فلا بيع فيكون الالتزام ح أيضا منتفيا بانتفاء الشرط دعوى جزافيه فإنه خارج عن الفرض و أنه تعليق مجمع على بطلانه و كلامنا فى فرض التخلف فقط دون التعليق كما هو واضح.

و الحاصل: أنه قد تحصل مما ذكرناه أنه لا معنى للالتزام بوجود الوصف فى العوضين بأن يكون معنى اشتراط كون العبد كاتبا هو التزام البائع بكتابه العبد فلا بدّ أما أن يرجع الاشتراط إلى أصل العقد و الالتزام العقدى أو يرجع الى الالتزام بلزومه بأن يكون لزومه مقيدا باتصاف العبد بالكتابه أكون البيع على تقدير أن يكون العبد كاتبا فعلى تقدير اشتراط اللزوم بالكتابه كان العقد صحيحا سواء كان تخلف الوصف أم لا، و لكن ثبت للمشترى خيار تخلف الوصف و على تقدير اشتراط البيع بكون العبد كاتبا مثلا كان البيع باطلا للتعليق سواء تخلف الوصف أم لم تخلف لقيام الإجماع على بطلان العقد بالتعليق نعم إذا

كـان التعليق بـالصور النوعيه فلاـ يكون ذلـك موجبـا للبطلاـن فإنه ضـرورى سواء ذكر فى اللفظ أم لم يـذكر إذا التعليق بالصور النوعيه كالتعليق بأصل وجود المبيع فهو لا بدّ منه لأنه مما يتوقف عليه صحه العقد فإنه لا يصح العقد بدون وجود المبيع كما هو واضـح، و من هنا يحكم ببطلان العقـد مع التخلف فى الأوصاف التى من الصور النوعيه كأن اشترى عبـدا فظهر حمارا أو أشترى كأسا فظهر جرّه و نحو ذلک.

و على الجمله أن التعليق فى العقود إذا كان بالأوصاف الكماليه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۶۷

يوجب البطلاـن الاـ أن تخلفهـا لاـ يوجب البطلان بل يوجب الخيار و أما التعليق بالصور النوعيه لا يوجب البطلان و لكن تخلفها يوجب البطلان.

ثم ان المراد من الصور النوعيه هنا ليس ما هو المعروف فى علم الفلسفه المبنى على التدقيق و التحقيق، بل المراد منها هو الصور النوعيه العرفيه و بينهمـا عموم من وجه إذ قـد يكون الوصف من الصور النوعيه العرفيه و لاـ يكون منهـا بحسب الـدقه و الفلسـفه كاشترى أحـد أمه شابه فظهر عبدا شائبا فان الأنوثه و الرجوله و ان كانتا من حقيقه واحده عند الدقه حيث انهما من أفراد الإنسان و الإنسان نوع واحـد و لكنهما فى نظر العرف نوعان و عليه فلا شـبهه فى بطلان البيع حينئـذ لأن ما وقع عليه العقـد غير موجود و الموجود غير ما جرى عليه العقد و من هذا القبيل الفراش و الكتب.

و قـد يكون الوصف فى نظر العرف من غير الأوصـاف المقومه و الصور النوعيه و لكنه يكون من الصور النوعيه فى نظر العقل و قد يجتمعان و أما ما ذكره المصنف من المثال باللبن

على المختلفه الحقيقه بأن باع لبن شاه فظهر لبن جاموس، لا يمكن المساعـده عليه فان الغنم و الجاموس و ان كانا من جنسـين و لكن لبنهما شى ء واحد حقيقه و جنس واحد و على تقدير الفرق بينهما فالاختلاف بحسب نظر العرف دون العقل.

هـذا كله فيما علم كون الوصف من الصور النوعيه أو من الأوصاف الكماليه و أما فيما شك فى ذلك و لم يعلم أن الوصف من الصور النوعيه أو من الأوصاف الكماليه فهل مقتضـى القاعده هنا البطلان أو الصحه؟ و بعباره أخرى تاره تعلم كون الوصف من الصور النوعيه و لا شـبهه فى ان التخلف فيه يوجب البطلان و أخرى يعلم كونه من الأوصاف الكماليه و لا شـبهه فى أن التخلف هنـا لاـ يـوجب البطلاـن، بـل انمـا يـوجب الخيـار و أمـا إذا شـككنا فى كـون الوصـف من الصـور النوعيه العرفيه المقومه أو من الأوصاف الكماليه فهل مقتضى القاعده

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۶۸

هنا هو البطلان عند التخلف؟ أو عدمه؟ و هل يجوز التعليق فى مثل ذلك أم لا يجوز؟

و يقع الكلاـم هنـا فى مقامين، الأول: فى جواز التعليق فى مثل ذلك و عـدمه، و الثانى: فى حكمه مع التخلف فيما وقع البيع على الارتكاز من غير تعليق و اشتراط.

اما المقام الأول: فالظاهر أنه لا يوجب البطلان و توضـيح ذلك أنه لا دليل لفظى على بطلان التعليق فى العقود و انما الدليل على بطلانه انما هو الإجماع و من الواضح أنه دليل لبى فلا بدّ من أخذ المتيقن منه و لا ريب أن المتيقن انما هو فيما كان التعليق على الأوصاف الكماليه بحيث أحرز كونها من ذلك و أما إذا احتمل كونها من

الأوصاف الكماليه أو من الصور النوعيه فلا نجزم بوجود الإجماع هنا على بطلان التعليق إذ نحتمل أن يكون ذلك من الصور النوعيه التى يجوز التعليق فيها و توهّم أنا نكشف من الإجماع ببطلان التعليق أينما سرى مفهومه الا التعليق بالصور النوعيه أو بأصل وجود المبيع توهّم فاسد لعدم الاطمئنان بذلك كما لا يخفى.

و عليه فتشمله العمومات الداله على صحه البيع و لا يكون تمسكا بالعام فى الشبهات المصداقيه حيث لا نشك فى أنه داخل تحت الإجماع أو لا بل نقول أنه خارج عن الإجماع فيكون العمومات بالنسبه إليه سليمه عن المخصص كما هو واضح.

ثم إذا ظهرت المخالفه فى هذه الصوره فيحكم ببطلان العقد على كل تقدير لأنه ان كان التخلف فى الواقع فى الصوره النوعيه فيحكم بالبطلان لعدم وجود المبيع و أن الثمن لم يعلم فى مقابل أى شى ء وقع و ان لم يكن فى الصوره النوعيه فيحكم ببطلانه للتعليق فى غير الصوره النوعيه.

و أما المقام الثانى: فهو ما تعاملا على شى ء بحسب الارتكاز على كون

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۶۹

واجدا للوصف الكذائى ثم ظهر الخلاف فلم يعلم أنه من الصور النوعيه ليوجب التخلف البطلان أو من الأوصاف الكماليه حتى لا يوجب التخلف البطلان كما إذا باع كتاب شرح اللمعه على أنه مخطوط بخط عبد الرحيم بحسب ارتكازهما ثم ظهر أنه مخطوط بخط أحمد التفريشى فلم يعلم أن هذا الوصف هل هو من الصور النوعيه حتى يكون التخلف موجبا للبطلان أم من الصور الكماليه حتى لا يكون التخلف موجبا للبطلان، فالظاهر هو البطلان هنا فلا تشمله العمومات لأنه لم يعلم أن الثمن فى مقابل أى شى ء وقع و لم يحرز المبيع فيكون التمسك

بالعمومات تمسكا بها فى الشبهات المصداقيه و هو لا يجوز و على هذا فلا يجوز لكل من المتبايعين التصرف فى الثمن و المثمن لأنه لا يجوز التصرف فى مال الغير الّا مع الاذن منه أو بالتجاره عن تراض و من الواضح أن العوض مال الغير فلم يعلم اذن صاحبه فيه و لا كون الأخذ تجاره عن تراض إذ المفروض أنه لم يعلم أن الثمن فى مقابل أى شى ء وقع فى الخارج فيكون باطلا و على الجمله أن العمومات انما نحكم بصحه المعامله بعد إحراز تحقق البيع فى الخارج و وقوعه بمبيع كلى أو شخصى و من الواضح أنه لم يحرز فى أن المبيع أى شى ء و أن البيع بأىّ شى ء وقع فإنه على كون الوصف المتخلف من الصور النوعيه فلا بيع أصلا و على تقدير كونه من الأوصاف الصحه أو الكمال فالبيع صحيح فلم يحرز وجود البيع حتى تمسك بالعمومات و لم يتحقق وقوع الثمن بإزاء أى شى ء فإنه مع كون الوصف من الصور النوعيه فما هو مبيع غير موجود، لأن المفروض أن البيع وقع بحسب الارتكاز على الوصف و مع كونه من أوصاف الكمال فقط فما هو مبيع فهو موجود فلا يكون أخذ الثمن فى مقابله إلا تجاره عن تراض فحيث لم يحرز كونه من الأول أو من الثانى فلم يحرز وجود المبيع و أن الثمن قد وقع فى مقابل أى شى ء فيكون المورد مشمولا لما دل على حرمه أكل مال الناس بغير رضى منه، و لا تجاره عن تراض كما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۷۰

هو واضح و لم نر التعرض لهذا البحث و هو بحث لطيف.

مسأله

قوله: مسأله الأكثر على أن الخيار عند الرؤيه فورى،

اشاره

أقول وقع الخلاف بين الأصحاب

فی أن خیار الرؤیه فوری أم لا و تحقیق ذلک فی مقامین:- الأول: من حیث القواعد.

و الثانی: من حیث الروایات.

أما المقام الأول: فمقتضی القواعد،

أی العمومات هو ثبوت الخیار فی کل آن و زمان لما عرفت سابقا فی خیار الغبن أن العموم الزمانی ثابت للعمومات فنتمسک بها فی کل آن فنثبت فیه الخیار و إذا خرج فرد من ذلک یقتصر بالمقدار المتیقن فلا یمکن استصحاب حکم المخصص فی الزمان البعد.

و هکذا الحال إذا کان الدلیل لخیار الرؤیه هو الشرط الضمنی حیث ان مقتضی ما شرطاه المتبایعان بحسب الارتکاز هو ان یکون لکل منهما الخیار مع التخلف و لا شبهه أن هذا الاشتراط موجود فی مقدار من الزمان بعد الرؤیه بحیث یتمکن المشروط له من الفسخ الذی سمیه فوریا و أما الأزید من ذلک فلا یقتضیه الارتکاز.

و أما بحسب الروایات

فقد عرفت أن الدلیل علی ذلک انما هو روایه جمیل و تحقیق الکلام فی دلاله ذلک أن قوله علیه السلام اللّه فیها فله خیار الرؤیه أن الخیار الذی أضیف إلی شی ء لا یخلو بحسب الاستقراء عن أقسام ثلاثه و ان کان لها أقسام کثیره بحسب التقسیم العقلی.

الأول: أن تکون إضافته من باب اضافه الخیار الی متعلقه کخیار الحیوان حیث أن الحیوان لیس سببا للخیار و لا ظرفا له، بل هو متعلق الخیار أی

هو المبیع الذی تعلق به الخیار و قد یکون من باب اضافه المسبب الی السبب کخیار الغبن فان الخیار هنا مسبب عن الغبن و لا یبعد أن یکون من هذا القبیل اضافه الخیار الی العیب فان العیب هو سبب الخیار.

و قد تکون من قبیل اضافه المظروف الی ظرفه کخیار المجلس فان المجلس لیس سبب الخیار و لا متعلقه، بل الخیار واقع فی هذا الظرف کما هو واضح، ففی المقام أن الرؤیه لیست متعلقه للخیار

بلاـ شبهه بحيث تكون شأنها شأن الحيوان فى بيع الحيوان، فإن الرؤيه غير قابله للبيع و تعلق الخيار بها و بعيد أن تكون سببا له أيضا، و ذلك من جهه أن الرؤيه ليست سببا للخيار بحيث أن يوجد الخيار بمجرّد الرؤيه و تكون لها موضوعيه فى ذلك فان هذا غير محتمل.

و لكن يمكن الجواب عن ذلك بأن الرؤيه كاشفه عن ثبوت الخيار عند التخلف و يكون السبب للخيار هو التخلف و تكون الرؤيه كاشفه عن التخلف و هذا الاشكال لا يكون مانعا عن كون الرؤيه سببا للخيار كما هو واضح.

و لكن يرد عليه أن مقتضى كون الرؤيه سببا للخيار أن يكون الحكم أى الخيار مقيدا بها و هو لغو محض و بيان ذلك أن الروايه جميل دلت على أن المشترى للضيعه إنما رأى مقدارا منها و أشتريها ثم دخلها فقلبا فخرج منها و استقال من البائع فلم يقله، فقال الامام (ع): لو لم ير قطعه منها فله خيار الرؤيه، فإن ظاهر هذه الروايه أن المشترى قد رأى الضيعه و سئل عن حكم المسأله بعد الرؤيه فمقتضى الحال حينئذ أن يقال فله الخيار دون أن يقال، فله خيار الرؤيه، فإن التقييد حينئذ لغو محض، فإنه بعد تحقق الرؤيه لا وجه لتفريع الحكم على التخلف الحاصل بأن له خيار الرؤيه، بل يقال فله الخيار، فان ذلك نظير أن يقال إذا دخل شهر رمضان فيجب صوم شهر رمضان، و هكذا بل الصحيح أن يقال يجب الصوم و على هذا فلا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۷۲

يبقى للروايه ظهور فى ذلك، بل الصحيح أن الإضافه من قبيل اضافه المظروف الى ظرفه، كخيار المجلس، فان التقدير حينئذ يكون هكذا

فله خيار إذا رأى أى فى زمان الرؤيه و على تقدير أن لا تكون الروايه ظاهره فى ذلك فليس لها ظهور فى السببيه فتكون مجمله، فلا يمكن الأخذ بمفاد السببيه و الفرق بين الوجهين هو أن مقتضى كون الرؤيه سببا للخيار هو عدم الفوريه تمسكا بإطلاق الروايه فيحكم ببقاء الخيار أبدا ما لم يطرأه مسقط فتكون الروايه نظير الروايات الوارده فى خيار التأخير حيث ذكرنا أن مقتضى إطلاق قوله عليه السلام لا بيع بينهما، هو نفى إثبات الخيار إلى الأبد و لو بعد سنه و لو إعطاء الثمن ما لم يطرأ عليه مسقط فتكون هذه الروايه أيضا بإطلاقها داله على ثبوت خيار الرؤيه إلى الأبد ما لم يطرأ عليه مسقط، و هذا بخلاف الوجه الأخير أعنى أخذ الرؤيه ظرفا للخيار فان مقتضى ذلك هو أن الخيار ثابت حال الرؤيه، و حينئذ لو كان للرؤيه مجلس تدوم بدوام المجلس مثلا كخيار المجلس لكان لما ذكره أحمد بن حنبل وجه، و ليس مما ذكره بلا وجه أصلا، كما ذكره المصنف، بل يمكن دعوى أن الرؤيه ما دامت ممتده فى مجلس واحد مثلا فيثبت الخيار و لكن ذلك بعيد، فان الظاهر من الروايه أن الخيار ثابت فى حال الرؤيه من غير أن تكون ظاهره فى امتداد الخيار بامتداد الرؤيه، و حينئذ فاما أن يقتصر من الفوريه بالآن الأول الحقيقى من الرؤيه أى الآن الدقى الفلسفى فتكون الفوريه فوريه حقيقيه و لكن لا شبهه فى انه خلاف المتفاهم العرفى و اذن فيثبت كون خيار الرؤيه فوريه بالفوريه العرفيه كما هو واضح.

فى مسقطات خيار الرؤيه

قوله مسأله: يسقط هذا الخيار بترک المبادره عرفا؟

أقول: من جمله المسقطات لخيار الرؤيه الاسقاط فتاره نتكلم فى جواز إسقاطه بعد العقد و قبل الرؤيه، و

أخرى فى ضمن العقد، أما الأول: فإن كانت الرؤيه كاشفه عن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۷۳

ثبوت الخيار قبله فلا- شبهه فى جواز الاسقاط قبل الرؤيه و لكن ذلك خلاف الظاهر من الروايه و ان كانت الرؤيه كاشفه عن ثبوته عنده و حال الرؤيه فلا إشكال فى جواز الاسقاط قولا الا من جهه إسقاطه إسقاطا لما لم يجب فقد تقدم سابقا أنه لا شبهه فى جواز إسقاط ما لم يجب بان ينشئ من الآن إسقاط حقه فى ظرفه على تقدير تحققه، ففى المقام ينشئ سقوط خياره فعلا بعد الرؤيه إذا كان له خيار فهذا لا محذور فيه، نعم لو إنشاء سقوط خيار بالفعل فهو غير معقول إذ لم يتحقق هنا حق بالفعل حتى يسقطه و على الجمله لا- دليل على بطلان إسقاط ما لم يجب الّا قيام الإجماع على بطلان التعليق فى الإنشاء، فالمتيقن منه ما لم يوجد المقتضى و أما إذا كان المقتضى موجودا فلا يشمله الإجماع ففى المقام أن المقتضى للخيار هو العقد موجود، فلا بأس بإنشاء سقوط الخيار فى ظرفه بالفعل، نعم فيما يكون التعليق موردا للإجماع فلا- يجوز كما أنه لا- يجوز أيضا فيما كان على خلاف الارتكاز مع قطع النظر عن الإجماع كإنشاء الطلاق قبل التزويج و إنشاء الهبه قبل التملك كما هو واضح. هذا كله إذا كان الاسقاط قوليّا.

و أما إذا كان بالفعل، فقد عرفت سابقا فى خيار الحيوان أن كلما كان من الفعل مصداقا للإسقاط الفعلى فيكون مسقطا للخيار و الّا فلا- دليل على كونه مسقطا للخيار الا ما ثبت فى موارد خاصه فى خيار الحيوان من اللمس و التقبيل و نحو ذلك، نعم ظاهر الروايه هنا

هو عـدم ثبوت الخيـار بعـد التلف الحقيقی لا ـ من جهه أن الخيار يتعلق بالعين فهی تالفه، بل من جهه أن الروايه ظاهره فی ثبوت الخيار حال الرؤيه و عندها، و من الواضح أنه مع تلف العين فلا يبقی موضوع للرؤيه أصلا كما هو واضح، و أما فی موارد التلف الحكمی مثل الهبه و البيع و نحو ذلک فلا وجه لسقوط الخيار حيث أنه يصدق حينئذ أن له خيار حال الرؤيه كما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۷۴

انتهی الكلام إلی صوره اشتراط سـقوط الخيار فی ضمن العقد ففی هنا وجوه:- الأول: أن يكون الشرط فاسدا و العقد صحيحا و الوجه فيه أنه إسـقاط لمـا لم يجب فهو باطل و هـذا بناء علی أن الشـرط الفاسـد لا يوجب فساد العقـد و فيه ما مر مرارا أن عـدم جواز إسـقاط مـا لم يجب انمـا يضـر من جهه الإجمـاع و بناء العقلاء علی عـدم ترتيب الأثر عليه فی بعض الموارد ففی المقام لا يطمئن بوجود الإجماع علی عـدم الجواز و بناء العقلاء أيضا يساعـده كما هو واضـح، نعم الاسـقاط قبل العقد لا يساعده الاعتبار العرفی و هو مورد الإجماع أيضا، و علی هـذا فيـدور الأمر بين الوجهين الآخرين:- أحـدهما: الفساد مطلقا، أی الشـرط و العقـد، كمـا ذهب إليه العلامـه و اختـاره المصـنف، و الوجه فی ذلـک أن دفع الغرر عن هـذه المعـامله و ان لم يكن لثبوت الخيـار لأن الخيار حكم شرعی لا دخل له فی الغرر العرفی المتحقق فی البيع الا أنه لأجل سبب الخيار، و هو اشتراط تلک الأوصاف المنحل الی ارتباط الالتزام العقدی بوجود هذه الصفات و اشتراط سقوط الخيار راجع الی الالتزام بالعقد

على تقدير وجود تلك الصفات و عدمها و التنافى بين الأمرين واضح فيكون الشرط فاسدا و مفسدا للعقد.

الثانى: الالتزام بصحه الشرط و العقد كليهما.

و لكن الظاهر هو التفصيل بان يقال ان كان الغرر فى المعامله مرتفعا بواسطه الاشتراط و جعل الخيار فيحكم بفساد الشرط و العقد كليهما و الّا فلا و توضيح ذلك أن المشترى قد لا يكون عالما بأوصاف المبيع أصلا لا بإخبار البائع و لا باخبار شخص آخر، و مع ذلك يقدم على المعامله و يشترى المتاع المجهول و العين الغائبه و لكن يشترط لنفسه الخيار مع التخلف ففى مثل ذلك لا شبهه فى كون المعامله غرريه مع قطع النظر عن الاشتراط و معه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۷۵

يرتفع الغرر و لا- وجه لما ذكره المصنف من أن الخيار حكم شرعى يثبت للبيع الصحيح فلا ربط له بالغرر و لا يوجب رفعه، و ذلك لما عرفت سابقا أنه مع الخيار يرتفع الغرر فإنه إذا تخلف الوصف يفسخ المعامله و مع ذلك أى خطر هنا لا بد من ذكر ما بعد ذلك قبل التفصيل، و أيضا لا وجه لما ذكره المصنف من أن الالتزام بالصفات اما شروط للبيع و اما قيود للبيع، و ذلك لما ذكرناه سابقا من أنه لا وجه للالتزام بالأوصاف الخارجيه الا أن يرجع الى الالتزام بالبيع أى بلزومه على تقدير هذه الصفات لأن العين الخارجيه غير قابله للإطلاق و التقييد، بل هى موجوده على ما هى عليها، فلا معنى لكون الاشتراط راجعا الى تقييد العين الخارجيه و أما إرجاع الاشتراط بها الى اشتراط البيع بها تعليق مجمع على بطلانه فلا يبقى مجال لما ذكره المصنف، بل لا بدّ

من الالتزام بما ذكرناه الى هنا لا بد و أن يذكر قبل التفصيل.

و أما إذا علم و اطمأن البائع و المشترى بكون المبيع على وصف خاص و أن العين الغائبه متصفه بوصف كذا، و لو كان ذلك بوصف البائع أو بتوصيف الأجنبى و مع ذلك احتمل البائع التخلف فى الوصف و يشترط الإسقاط فى ضمن العقد و هذا لا يوجب الغرر أصلا فإنه أجنبى عن الغرر ح إذ قد عرفت سابقا أن الغرر هو الخطر و هو أمر نفسانى فيدفع بالاطمئنان، فالإسقاط لا يوجب الغرر ح أصلا ثم ان المصنف نقل فى آخر عبارته ان دليل نفى الغرر لا يشمل المقام لأن المشترى قد أقدم عليه بنفسه كما أن حديث نفى الضرر لا يشمل صوره إقدام المتبايعين على الضرر و هذا عجيب حيث ان حديث نفى الغرر انما مورده صوره إقدام المتبايعين على المعامله الغرريه فلو كان هذا خارجا عن تحت الحديث لكان الحديث لغوا و هذا بخلاف حديث نفى الضرر، فان مورده غير هذه الصوره و أنه ورد فى مقام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۷۶

الامتنان فشموله لصوره الإقدام على الضرر لا ينافى الامتنان، و كيف كان فلا وجه لقياس حديث نفى الغرر بحديث نفى الضرر كما هو واضح.

ثم ان ما ذكرناه من التفصيل فى جواز إسقاط خيار الرؤيه و عدم جوازه جار فى خيار العيب أيضا ففى كل مورد اطمأن كل من البائع و المشترى بأوصاف الصحه فى العين و عدم كونها معيبه سواء كان ذلك بتوصيف كل منهما أوصاف العين على الآخر أم بتوصيف الأجنبى يصح فى هذه الصوره اشتراط سقوط الخيار فى ضمن العقد فان ذلك لا يترتب بالغرر فان

الغرر يرتفع بالاطمئنان بوصف المبيع كما هو واضح، ففى أى مورد لم يحصل الاطمئنان منهما على ذلك و انما يقدمان على المعامله على الاشتراط بحيث تكون المعامله بدونه غرريه فلا يصح اشتراط الإسقاط حينئذ لأن المعامله حينئذ تعود غرريه فتبطل كما هو واضح. هذا ما تقتضيه القاعده و لكن ورد النص فى خيار العيب بأنه يثبت خيار العيب للمشترى مع عدم تبرى البائع من العيب فيعلم من ذلك أنه مع التبرى لا- يثبت الخيار للمشترى مطلقا و ح لا يجرى التفصيل المذكور فى المقام من جهه النص كما هو واضح.

و على الجمله فالمدار فى فساد الشرط و إفساده للعقد على كون الاسقاط موجبا لغرريه المعامله و عدم كونه موجبا لذلك كما هو واضح و أيضا فلا- وجه لنفى لقياس المقام بالبيع مع البراءه من العيوب لما عرفت من جهه الاعتماد فى صوره البراءه من العيوب على أصاله الصحه الموجبه لنفى الغرر بخلاف المقام و ذلك لما عرفت عدم الفارق بينهما الا النص الوارد فى خيار العيب و أما أصاله الصحه فإن كانت بحيث توجب خروج البيع عن الغرريه كأن كان بناء العقلاء بحسب ارتكازهم على كون المبيع صحيحه أو قامت بينه على ذلك أو التوصيف من البائع أو من الأجنبى فإنه يحمل المبيع ح على ذلك و الا فلا يوجب رفع الغرر كما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۷۷

و الحاصل: أنه ان كان رفع الغرر بالاشتراط فلا شبهه فى كون إسقاط الخيار موجبا للغرر و الا بأن كان رفع الغرر بالتوصيف أو بشى ء آخر أو بأصاله الصحه التى توجب رفع الغرر بحسب بناء العقلاء فلا يكون إسقاط الخيار فى ضمن العقد موجبا للغرر

كما هو واضح.

قوله مسأله: لا يسقط هذا الخيار، [ببذل التفاوت و لا بإبدال العين]

أقول: قد عرفت الحال فى حكم صوره تخلف الأوصاف و يقع الكلام فى سقوط الخيار ببذل التفاوت و الظاهر أنه لا دليل على سقوطه ببذل التفاوت لأن الخيار ان كان ثابتا بالتعبد فنتمسك بإطلاق دليل التعبد و ان كان ثابتا بالاشتراط و تخلف الشرط فنتمسك بإطلاق دليل ذلك فنحكم بثبوت الخيار حتى بعد بذل التفاوت.

و أما الابدال بأن يشترط المشترى ابدال المبيع على تقدير التخلف على نحو شرط النتيجه بأن يكون شى ء آخر بدلا عن المبيع فى صوره التخلف من غير أن يكون التبديل بفعلهما بل يكون الإبدال فى ظرف التخلف بهذا الاشتراط لان المبيع عين شخصيه فالابدال محتاج إلى معاوضه جديده و مراضاه جديده و هى منفيه كما هو واضح و نقل المصنف عن الشهيد أن الأقرب الفساد و ذكر فى وجه ذلك أن البدل الذى يستحقه المشترى فى صوره التخلف ان كان بإزاء الثمن بأن يرجع المبدل الى ملك البائع و يدخل البدل فى ملك المشترى بإزاء الثمن فلازم ذلك أن ينفسخ البيع بهذا الشرط فى ظرف التخلف و تكون هنا بعد ذلك معاوضه جديده بين البدل و الثمن.

و يرد عليه أولا أنه لا مقتضى هنا للمعاوضه الجديده بحيث يكون هنا بيع بدون الإنشاء بل بمجرد الشرط السابق فى ضمن العقد و لم يدل دليل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۷۸

على صحه مثل هذا المعامله من النقل و العقل و لم يقم عليه (على) صحته ارتكاز من العرف و العقلاء و لا مقتضى أيضا لانفساخ العقد بنفسه.

و ثانيا: أن دليل وجوب الوفاء بالشرط ليس مشرّعا حتى يدل على وجوب الوفاء بكل شرط بل مفاده أن كل ما كان ثابتا

فی نفسه و مشروعا فدلیل وجوب الوفاء بالشرط یلزمه حین الاشتراط و من الواضح أن اشتراط انفساخ المعامله قبل تحققها بظهور التخلف شرط لم یثبت جوازه فی نفسه فیکون غیر موافق للکتاب و السنه فیدخل تحت المستثنی فی قوله علیه السلام:

اللّه الا شرطا مخالفا للکتاب و السنه.

و ثالثا: أن المعاوضه الواقعه بین البدل و الثمن علی تقدیر ظهور المخالفه معاوضه تعلیقیه أی ینشئ البیع علی تقدیر المخالفه فهو معامله تعلیقیه فیحکم بالبطلان إجماعا.

و ان کانت المعاوضه واقعه بین المثمن و البدل بأن یکون البدل واقعا فی مقابل المبدل علی تقدیر ظهور المخالفه و تقع المعاوضه بینهما و فیه أنه مضافا الی عدم المقتضی لذلک بأن تقع هنا معامله فی صوره المخالفه بغیر معامل، بل بمجرّد الاشتراط فی ضمن العقد و لا دلیل علی صحه ذلک بحسب نفسه من الآیه و الروایه و السیره و الارتکاز و کون المعامله تعلیقیه و هی باطله أن المعامله هنا غرریه حیث ان المفروض جهاله المبدل و علی أی تقدیر أن الظاهر فی مثل ذلک أن یفسد الشرط و یفسد العقد أیضا.

و الحاصل: أن شرط الابدال علی تقدیر ظهور المخالفه علی نحو شرط نتیجه لا یمکن تصدیقه لأنه أمر غیر مشروع فلا یکون مشمولا لدلیل وجوب الوفاء بالشرط لأن مرجع ذلک الی انفساخ العقد بنفسه بمجرّد هذا الشرط و من الواضح ان انفساخ العقد بلا موجب لم یثبت جوازه شرعا فلا مقتضی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۷۹

له علی أن اشتراط انفساخ العقد فی نفسه قبل تحققه أمر غیر مشروع فلا یکون دلیل الوفاء بالشرط موجبا لکونه مشروعا.

أقول: أما بناء علی کون الاشتراط من قبیل شرط النتیجه فالشرط و

أن كان فاسدا لأن اشتراط انفساخ العقد بدون سبب قبل فی عقد لم يتحقق بعد أمر لم يثبت فی الشريعه المقدسه قبل هذا الاشتراط فيكون من الشروط الغير المشروعه و لكن يكون المقام ح من صغريات الشرط الفساد، فلا يكون مفسدا للعقد الا بناء على كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد و حيث ان الموافق للتحقيق و فتاوى المشهور عدم كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد فلا يكون العقد فاسدا، و دعوى كون العقد باطلا من جهه الغرر، حيث لم يعلم ان المبدل بأن وصف و بأی كيفيه دعوى جزافيه و ذلك لأن الظاهر أن الشهيد قد تكلم فی صحه العقد و فساده من ناحيه الشرط الفاسد بعد الفراغ عن صحه العقد من بقيه الجهات، فيمكن ارتفاع الغرر هنا من جهه الاطمئنان بوصف المبدل من القرائن الخارجيه من توصيف البائع أو شخص آخر، فلم يصبح المبدل مجهولا حتى يكون البيع غرريا ثم ساق كلامه، أی الشهيد إلى أنه يفسد بالشرط الفاسده أم لا؟

و أما بناء على كون اشتراط الابدال من شرط الفعل بان يشترط المشترى على البائع أن يبدل المبيع بغيره على تقدير التخلف كما هو ظاهر من كلام الشهيد حيث عبر بلفظ الابدال و لا شبهه أن الظاهر منه هو إبدال البائع و هو فعل من أفعاله، فالظاهر ح أن العقد و الشرط كلاهما صحيحان و لا وجه لكون الشرط ح فاسدا فضلا عن كونه مفسدا للعقد، بل هذا هو المتعارف فی السوق كثيرا حيث ان المشترى يشترى عينا شخصيه و و يطمئن بكونها من الجنس الذى يريده و لكن يحتمل التخلف و يشترط عليه البائع الإبدال على فرض التخلف، و لا شبهه أن الإبدال فی

نفسه معاوضه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۸۰

مشروعه فى الشريعه المقدسه فيكون لازما بدليل وجوب الوفاء بالشرط على الاشتراط فان ظهرت المخالفه فأراد المشترى الابدال فأبدله البائع فبها و الّا فيثبت للمشترى خيار تخلف الشرط فيفسخ العقد بذلك و العجب من الشهيد (ره) كيف رضى مع ذلك بفساد الشرط و العقد بل هذا النحو من المعاملات من المعاملات المتعارفه كما هو واضح.

نعم، لو كان البيع من الأول واقعا على المبدل على تقدير عدم المخالفه و على البدل على تقدير المخالفه، و كان المبيع أمرا مرددا لكان العقد و الشرط باطلا، للتعليق كما تقدم فى شرائط العوضين.

و على الجمله سواء قلنا بكون الشرط هنا من قبيل شرط النتيجه أو قلنا بكونه من قبيل شرط الفعل لا دليل على كونه مفسدا للعقد غايه الأمر أنه على فرض كون الشرط شرط النتيجه يكون الشرط فاسدا فقط، و أما توهّم كون المعامله غرريه فقد عرفت الجواب عنه و كذلك يكون هنا تعليق.

و حاصل الكلام: أن المحتمل فى كلام الشهيد ثلاثه، الأول: أن يكون مراده من شرط الابدال هو شرط الفعل كما هو الظاهر من ظاهر لفظ الابدال بأن يشترط المشترى على البائع تبديل المبيع على تقدير ظهور المخالفه و على هذا فلا شبهه فى صحه الشرط و العقد كليهما، فان لم يظهر المخالفه كان العقد لازما و مع ظهور المخالفه يطالب المشترى الابدال فان بدله فهو و الا كان له الخيار، كما هو واضح.

الثانى: أن يكون المراد من الاشتراط شرط النتيجه يعنى يشترط المشترى على البائع المبادله بأن يكون الثمن فى مقابل البدل أو تقع المبادله بين المثمن و البدل، بنفس هذا الشرط لا بشرط آخر و قد

عرفت أنه على هذا كان الشرط فاسدا لكونه مخالفا لشرع حيث ان اشتراط انفساخ العقد فى نفس ذلك العقد قبل تحققه لم تثبت فى الشريعه المقدسه و كذا انفساخ

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۸۱

بلا موجب، و تحقق معاوضه أخرى بلا سبب، فان كل ذلك لم يثبت فلا يكون مشمولا للعمومات و لكن قد عرفت أنه على هذا، و ان كان الشرط فاسدا الا أن المشهور بين المتأخرين أن فساد الشرط لا يسرى الى فساد المشروط كما هو واضح على أن الظاهر أن هذا الشق ليس مراد الشهيد لمكان الإبدال فى كلامه الظاهر فى شرط الفعل.

الثالث: أن يراد من الاشتراط التعليق من الأول بأن مبيع المبدل على تقدير عدم المخالفه و المبدل على تقدير المخالفه و على هذا و ان كان البيع باطلا للتردد و التعليق، و لكن ليس ذلك محتمل كلام الشهيد و كيف كان فالظاهر من كلامه هو الشق الأول و عليه فلا وجه لما التزم به الشهيد من فساد العقد و الشرط، بل يصح كلاهما كما هو واضح.

ثم أن هنا كلاما لصاحب الحدائق أشكل به على الشهيد و لكن فيه تهافت لا يمكن حله فإنه ذكر فى صدر كلامه بعد نقل كلام الشهيد و بنائه على الفساد (أن ظاهر كلامه أن الحكم أعم من أن يظهر على الوصف أولا) أى أن ظاهر كلام الشهيد من الحكم بالفساد فى صوره الاشتراط أى من أن يكون مع ظهور المخالفه أو ظهور الموافقه ثم أورد على هذا الإطلاق بأنه لا موجب للفساد مع ظهوره على الوصف المشروط و مجرّد شرط البائع الإبدال مع عدم ظهور الوصف لا يصلح سببا فى الفساد لعموم الأخبار المتقدمه

و لعل مراده من الاخبار المتقدمه هو أخبار الخيار حيث انها تدل بالملازمه على الصحه مع عدم الخيار فى صوره عدم المخالفه و ليس المراد من دلالتها على الصحه بالملازمه أن لازم ثبوت الخيار فى البيع هو صحته و الا لم يكن وجه للخيار لأن مراده دلاله الاخبار على الصحه مع اللزوم لا عليها مع الخيار و هذا لا يجتمع الا مع الاحتمال الأول من الدلاله دون الثانى، و مع عدم الاخبار فلعمومات الايات غنى و كفايه، و كلامه الى هنا صريح فى أنه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۸۲

يستشكل على الشهيد بأنه لا وجه للقول بالبطلان على الإطلاق بل على تقدير ظهور المخالفه فقط، و هكذا ذيل كلامه حيث قال و بالجمله فإنى لا أعرف للحكم بفساد العقد فى الصوره المذكوره على الإطلاق وجها يحمل عليه، و لكن ينافى ذلك ما صدر عنه (ره) فى وسط كلامه حيث قال: (نعم لو ظهر مخالفا فإنه يكون فاسدا من حيث المخالفه و لا يجبره هذا الشرط الإطلاق الأخبار فى الخيار ثم ذكر أن الأظهر رجوع الحكم بالفساد فى العباره إلى الشرط المذكور حيث لا تأثير له مع الظهر و عدمه) حيث مدعاه فى هذه العباره هو فساد العقد حيث قال: (نعم لو ظهر مخالفا فإنه يكون فاسدا) و دليله يدل على ثبوت الخيار من غير فساد العقد حيث قال (و لا يجبره هذا الشرط لإطلاق الأخبار فى الخيار) و هذا مما لا يمكن حله.

قوله مسأله: الظاهر ثبوت خيار الرؤيه فى كل عقد،

أقول: وقع الخلاف بين الفقهاء فى ثبوت خيار الرؤيه فى غير البيع من الصلح و الإجاره و غيرهما و عدم ثبوته فذكر المصنف أنه يثبت فى كل عقد واقع على عين

شخصيه موصوفه كالصلح و الإجاره و ذكر فى وجه ذلك أن المحتملات هنا ثلاث، و ليس هنا شق رابع، و ذلك مع تبيع المخالفه.

فاما أن يحكم ببطلان العقد كما تقدم عن الأردبيلى فى بيع العين الغائبه.

و أما أن يحكم بلزومه مع عدم الخيار.

و اما أن يحكم بصحته مع الخيار أما البطلان فهو مخالف لطريقه الفقهاء فى تخلف الأوصاف المشروط فى المعقود عليه و أما احتمال اللزوم بدون الخيار فهو أيضا فاسد لأن دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد و حرمه نقضه و من المعلوم أن عدم الالتزام بترتيب أثر بالعقد على العين الفاقده للصفات المشترطه فيها ليس نقضا للعقد، و ح فيثبت الاحتمال

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۸۳

الثالث و هو صحه العقد مع الجواز و الخيار.

أقول: أن كان مدرك خيار الرؤيه هو الشرط الضمنى على ما ذكرناه فى أول المسأله فلا شبهه فى ثبوته فى كل عقد تخلف فيه الوصف كجريان خيار الغبن فى كل عقد وقع فيه الغبن، و لكن مع ذلك لا نحتاج الى التقسيم الذى ذكره المصنف على تقدير صحته فإنه يشبه الأكل من القفا، بل يثبت الخيار ابتداء لتخلف الوصف كما هو واضح.

و ان كان مدركه هو النص و التعبد به فلا شبهه فى اختصاصه بالبيع و تقدم أن فيه قرينه على كون مورد خيار الرؤيه قريبا من صوره تخلف الشرط حيث ان المشترى بعد ما رأى الضيعه و قبلها أو مشتبها فخرج فاستقال فلم يقبله فإنه لو كان هنا اشتراط لما احتاج الى الاستقاله بل فسخ ابتداء لتخلف الشرط و على هذا فالخيار يختص بالبيع فقط فلا يجرى فى غيره.

ثم ان التقسيم الذى ذكره المصنف ليس بصحيح فان

بطلان توهم بطلان العقد من جهه أن بناء الفقهاء ليس هو البطلان فى تخلف الأوصاف المشروطه فى المعقود عليه لا يستلزم ذلك جواز العقد و كونه خياريا، بل يمكن أن يكون لازما.

و دعوى المصنف أن دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد و لا يصدق النقض على عدم الوفاء مع تخلف الوصف لا يمكن المساعده عليه فإنه.

فإنه أولا: أن عدم شمول دليل اللزوم عليه لا يكفى فى إثبات كونه جائزا بل لا بد فى ذلك من إثبات عدم اللزوم كما هو واضح.

و ثانيا: أن عدم شمول آيه وجوب الوفاء بالعقد للمقام لا يدل على عدم شمول غيره لذلك لعدم انحصار دليل اللزوم بها فيكفى فى لزومه أحل اللّه البيع و تجاره عن تراض و الروايات الداله على لزوم العقد على ما تقدم.

و ثالثا: يكفى فى إثبات اللزوم استصحاب الملكيه على مسلك المصنف

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۸۴

فإنه مع الشك فى أن الملكيه الحاصله بالعقد ترتفع بالفسخ أم لا فنستصحب الملكيه و نثبت اللزوم و على هذا فمقتضى القاعده هو اللزوم فى غير البيع و عدم جريان خيار الرؤيه فى غير البيع كما هو واضح.

قوله مسأله: لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفه،

اشاره

أقول: فى توضيح المقام أن لهذه المسأله صور ثلاث، و قد استشار إليها المصنف و ان لم يصرح بجميع الأقسام:

الأول: أن يكون اختلافهما فى أصل الاشتراط بان ادعى المشترى اشتراط وصف فى المبيع من الكتابه و الخياطه و البنايه و نحوها و ادعى البائع خلاف ذلك و كون البيع مطلقا.

الثاني: ان يتفقا على أصلا اشتراط و لكن كان الاختلاف فى متعلق الشرط بأن ادعى أحدهما كونه خياطه و يدعى الآخر كونه كتابه العبد و هذا فى النتيجه يرجع الى الأول.

الثالث:

أن يتفقا على أصل الاشتراط و على اتحاد متعلقه و لكن يدعى البائع وجوده و ينكره المشترى أو يدعى البائع أنه كان موجودا فقد زال فيدعى المشترى أنه لم يكن موجودا أصلا، أما الكلام فى الصوره الاولى و الصوره الثانيه التى مرجعها إلى الصوره الأولى، فذكر المصنف بما حاصله أنه إذا اختلف المشترى و البائع فى اشتراط وصف فى المبيع و عدمه أو فيما يرجع الى ذلك، فالقول قول مدعى الخيار، لا من جهه أن مدعى الاشتراط تقدم قوله يثبت الخيار عند التخلف فان المصنف صرح هنا بأن الأصل هو عدم الاشتراط فإنه إذا اختلف البائع و المشترى فى أصل اشتراط شرط فى البيع و عدمه فإن أصاله عدم الاشتراط يدفعه فيكون البيع لازما بمقتضى العمومات بل من جهه ما أشار إليه هنا و صرّح به فى أوصاف المبيع أن الأوصاف التى اشترطت فى المبيع الشخصى راجعه إلى التقييد أى تكون

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۸۵

العين الشخصيه المبيعه مقيده بهذه الأوصاف و ان كان ذلك فى صوره الاشتراط و على هذا فمرجع الاختلاف الى الشك فى أصل تعلق البيع بالعين الملحوظ فيها صفات مفقوده أو تعلقه بعين لوحظ فيها الصفات الموجوده أى أن المبيع كان مقيده بصفات فهى مفقوده و قد كان البيع واقعا على المبيع المقيد بتلك الصفات أو أنه قد وقع بالموجود فعلا أو أعم من الصفات الموجود و المفقوده و من الواضح أن اللزوم من أحكام البيع المتعلق بالعين على الوجه الثانى و الأصل عدمه و أما الطرف الآخر أعنى عدم التقييد فلا اثر له فليس اللزوم من آثاره حتى يترتب على نفسه اللزوم كما هو واضح.

أقول: يرد على المصنف:

أولا: فساد المبنى حيث أنك قد عرفت سابقا أنه لا معنى لتقييد العين الخارجيه إذ الإطلاق و التقييد فيها مستحيل و غير معقول فلا ينقلب الشى ء عن واقعه بالاشتراط و عدمه و اذن فيدور الأمر بين رجوع القيد إلى أصل البيع بان يكون البيع على تقدير وجود الوصف الخاص فى المبيع و اتصافه به و بين رجوعه الى الالتزام بالبيع و حيث ان الأول يوجب البطلان لكونه تعليقا فهو خلاف المتفاهم العرفى من الاشتراط و خلاف ارتكازهم فيكون الثانى هو المراد فان بناء المتعاقدين على المعامله الصحيحه لا على المعامله الفاسده فيكون الثانى هو المراد، و عليه فيرجع الأمر إلى النزاع فى أصل الاشتراط ليلزم من التخلف الخيار أو عدم الاشتراط فقد عرفت أنه (ره) التزم فى هذه الصوره بعدم الخيار لأن الأصل عدمه.

و ثانيا: أنا لو سلمنا رجوع الاشتراط الى تقييد المبيع و أغمضنا عن استحاله ذلك و لكن لا نسلم كون مقتضى ذلك هو ثبوت الخيار للمشترى من جهه كون اللزوم من أحكام البيع المتعلق بالعين من حيث كونها على هذا الوصف الموجود، بل لنا أن نقول أن الخيار انما هو من اثرات تخلف الوصف

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۸۶

الذى اعتبر كون المبيع مقيدا به فى البيع و من الواضح أنا لا نعلم بوجود هذا الاشتراط، بل نشك فيه فالأصل عدمه، و لا يعارض هذا الأصل بأصاله عدم كون العقد واقعا على العين الموجوده مطلقا لأن اللزوم ليس من آثار ذلك، بل اللزوم من مقتضيات طبيعه العقد، فان طبع كل عقد على اللزوم حتى يثبت كونه جائزا خياريا، كما هو واضح.

و دعوى أن الأصل عدم الإطلاق يكفى فى عدم لزوم العقد

فلا نريد أن نثبت الخيار حتى يقال ان أصاله عدم الإطلاق بالنسبه إليه مثبت فإنها فاسده لأن مقتضى هذا الأصل هو بطلان العقد بمثل تخلف الوصف و هو خلاف المفروض أن العقد صحيح على كل حال حيث ذكر المصنف سابقا أن ديدن العلماء و سيرتهم على عدم المعامله فى تخلف الأوصاف معامله الفساد بحيث أن يحكموا فى صوره تخلف أوصاف المبيع بفساد العقد، بل حكموا بصحه العقد مع الخيار و على هذا فأصل صحه العقد مفروغ عنه و انما الخلاف فى ثبوت الخيار فى ذلك و عدم ثبوته بحيث يكون الإطلاق و التقييد من المتضادين يعنى يدور الأمر بين وقوع العقد على العين الموجوده مطلقا أو مقيدا فيكونان من المتضادين و أما إذا عملنا بأصاله عدم كون العقد مطلقا فلا يكفى ذلك فى عدم لزوم العقد و كفايه فسخت فى الفسخ لأن المراد من الفسخ ليس هو لفظ فسخت فقط بحيث يكون له موضوعيه بل المراد منه هو البناء على إعدام العقد و عدم استمراره.

و بعباره أخرى أن المتبايعين كانا بانيين على المعامله و المبادله و النقل و الانتقال و بالفسخ يبنيان على عدم ذلك و من الواضح أن هذا المعنى لا يترتب على أصاله عدم وقوع العقد مطلقا، فان ذلك من اللوازم الأعم لهذا الأصل لاحتمال أنه لم يقع هنا عقد أصلا فإنه مع عدم وقوع العقد أيضا يصدق أن الأصل عدم وقوعه مطلقا و على تقدير وقوعه فمقتضى هذا الأصل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۸۷

كما عرفت هو الفساد و المفروض أن العقد ليس بفاسد، بل الصحه مفروغ عنها كما عرفت و انما الكلام فى كونه خياريا و عدمه و حيث كانت

الصحه مفروغا عنها فأصاله عدم الإطلاق لا تثبت ثبوت الخيار إلا بالملازمه و على هذا فيكون الإطلاق و عدمه من المتضادين كما عرفت فنفى أحدهما و ان كان لا يثبت الآخر إلا بالملازمه العقليه و يكون الأصل ح مثبتا و لكن أصاله عدم وقوع العقد على هذا الموجود فإن الأول له اثر و هو عدم الخيار لأن الخيار كما عرفت مترتب على تخلف الوصف المشروط به فى العقد فالأصل عدمه و أما اللزوم فليس مترتبا على عدم كون العقد واقعا على هذا الموجود مطلقا بل من مقتضيات طبع العقد كما عرفت و على هذا فلا يصح بناء المصنف أيضا فتحصل أن ما ذكره المصنف لا يمكن المساعده عليه مبنى و بناء فلا بدّ من الحكم بلزوم العقد هذا على ما ذكره المصنف (ره).

و تحقيق الكلام و تفصيله أنا ذكرنا سابقا ان الخيار فى الحقيقه عباره عن الاختيار و هو من الافتعال بمعنى طلب الخير و هذا المعنى هو المراد فى الخيارات المصطلحه و مرجع جعل الخيار فى العقود كالبيع مثلا إلى إنشاء الملكيه المحدوده لما ذكرنا أن الإهمال فى الواقعيات محال فلا بدّ، أما أن يكون المنشأ مطلقا أو مقيدا فحيث ان الإطلاق غير موجود مع جعل الخيار لأن المفروض أن المتبايعان أو أحدهما جعل لنفسه الخيار فقهرا تكون الملكيه مقيده أى محدوده بحد خاص و الى زمان خاص و هو زمان اختيار ذى الخيار فسخ ذلک العقد و مع هذا التقييد الفعلى لا يكون الإطلاق معقولا و ان كان معقولا بحسب نفسه قبل التقييد و على هذا فنشک فى أن الملكيه هل وجدت مطلقه أو مقيده فنقول ان الأصل عدم كونها مقيده فنتمسک بالعمومات

الـداله على اللزوم و لاـ يعارض ذلك بأصاله عـدم كونها مطلقه لنفى اللزوم لما عرفت أن اللزوم من مقتضـيات طبع العقـد لا من آثار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۸۸

إطلاقه حتى يترتب على نفيه نفى اللزوم كما هو واضح.

و بعباره أخرى أنه إذا اختلف البـائع و المشترى فى اعتبـار شـرط فى البيع و عـدمه أى اعتبـار وصف فى المبيع و عـدمه أو كان الاختلاـف فى متعلق الشـرط فلاـ يمكن التمسـک هنـا بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، لاـ التمسك به هنا لإثبات اللزوم من قبيل التمسـک بالعام فى الشـبهه المصداقيه إذ لا نعلم أن الملكيه الحاصله هنا هل هى مطلقه ليجوز التمسک به أولا و لكن لا بأس من التمسك بمـا دل على حرمه التصـرف فى مـال الغير بـدون اذنه و حرمه أكـل المال بالباطل إلا بالتجاره عن تراض و بقوله تعالى أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ فـان مقتضـى ذلـک أن التصـرف فى مـال الغير بغير تجـاره عن تراض حرام الاـ فى موارد الخيـار فـإن أكـل ذى الخيار مال الطرف الأخر بالفسـخ ليس بحرام و لكن نشك فى مورد اختلاف المتبايعين فى جعل الشـرط و عدمه أن الملكيه المنشـئه مطلقه لئلاـ يكون له الخيـار فبناء على ما ذكرناه من معنى الخيار فالأصل عـدم تحقق الملكيه المقيـده فتمسک بعموم ما دل على حرمه أكـل مـال الغير بغير تجـاره عن تراض فلاـ يكون الفسـخ مؤثرا و لا يلزم ح محـذور التمسک بالعام فى الشـبهات المصـداقيه بأن يـدعى أن هـذا المورد لاـ نعلم أنه من القسم الخـارج عن العموم أم لا، فيكون التمسك بالعام من قبيل التمسک به فى الشـبهات المصداقيه فهو لا يجوز.

و حاصل الكلام أن البحث هنا يقع فى جهتين،

اشاره

الاولى فيما كان الاختلاف فى أصل الاشتراط و

عدمه أو فيما يرجع الى ذلك كأن يكون الاختلاف فى متعلق الاشتراط مع الاتفاق على أصل الاشتراط.

الثانى: أن يكون الاختلاف فى وجود متعلق الشرط و عدمه مع الاتفاق على أصل الاشتراط و متعلقه كان يقول البائع أن المشروط هو خياطه العبد و هى موجوده و يقول المشترى أنها معدومه أو يقول البائع أنها كانت حين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۸۹

البيع موجوده فقد انعدمت و يقول المشترى لم تكن موجود.

أما الكلام فى الجهه الأولى [فيما كان الاختلاف فى أصل الاشتراط و عدمه]

فقد عرفت كلام المصنف و جوابه و أما تحقيق المسأله و محصل الكلام بعد كون الخيار راجعا الى تقييد الملكيه فلا شبهه فى معارضه أصاله عدم الملكيه المطلقه مع أصاله عدم إنشاء الملكيه المقيده إذا لاحظنا الإطلاق و التقييد بحسب أنفسها و أما إذا لاحظنا أصاله عدم الخيار و الملكيه المقيده مع ملاحظه العمومات الداله على حرمه أكل مال الغير بغير تجاره عن تراض و بلا طيب نفس فلا معارضه بينهما لعدم الأثر فى أصاله عدم كون العقد مطلقا فان اللزوم يفهم عموم حرمه الأكل و أصاله عدم وجود الخيار لمدعيه ينقح موضوع العام فقد عرفت أن مرجع جعل الخيار فى البيع الى تقييد الملكيه المنشئه أى إنشاء الملكيه المحدوده بعدم الفسخ و لا ينافى ذلك بكون الملكيه مطلقه أى فى جميع الأزمنه على تقدير عدم الفسخ فلا يرد ان البيع الى زمان معين ليس بصحيح و قد تقدم تفصيل ذلك و على هذا فاصله عدم كون المنشأ هى الملكيه المقيده معارضه مع أصاله عدم كون الملكيه هى الملكيه المطلقه فلكل منهما أثر خاص فيسقطان للمعارضه لا يقال ان أصاله عدم كون العقد مطلقه تجرى فيترتب عليه ثبوت الخيار من غير احتياج إلى إثبات

الخيار حتى يلزم كونها من الأصول المثبته و لا شغل لنا بأصاله عدم كون الملكيه مقيده لتلزم المعارضه و ان كان بينهما معارضه من حيث لحاظ الإطلاق و لحاظ التقييد و لكن لا يترتب عليها أثر فإنه يقال قد عرفت أنه لازم ذلك هو بطلان العقد و المفروض صحته و أن الفسخ ليس نفس فسخت حتى يترتب على أصاله عدم الإطلاق بل اعتبار العقد كالعدم و لا يثبت ذلك بأصاله عدم الإطلاق الّا على القول بالأصول المثبته و كيف كان فلا شبهه فى معارضه الأصلين من حيث النظر إلى الملكيه المطلقه و الملكيه المقيده.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۹۰

نعم، لا مانع من جريان أصاله عدم التقييد و إحراز أن العقد لم يقع بالمقيد ثم التمسك بالعمومات الداله على لزوم كل عقد.

و توضيح ذلك أنه ثبت فى الشريعه المقدسه أنه لا يجوز التصرف فى مال أحد إلا باذنه و أنه لا يحل أكل مال الغير إلا بالتجاره عن تراض و إذا باع أحد ماله من شخص آخر فى مقابل ثمن خاص فيكون كل منهما مالا للآخر فيحرم لكل منهما بعد ذلك أن يتصرف فيما انتقل الى غيره و يأخذه منه الّا أن يكون هنا أيضا تجاره عن تراض و قد خرج عن تلك العمومات ما إذا جعل المتعاقدان لنفسهما أو لأحدهما الخيار أو جعل الشارع لأحدهما أو لهما خيارا فى البيع مثلا كخيار المجلس فإنه ح يجوز لمن له الخيار أن يأخذ مال صاحبه بالفسخ و بغير تجاره عن تراض و بغير طيب نفس منه و على هذا فإذا شككنا فى أن العقد هل وقع على المطلق أو على المقيد أى المنشأ هل هو ملكيه

مطلقه أو ملكيه مقيده فنجرى أصاله عدم وقوعه على المقيد فنحرز بها موضوع التمسك بتلك العمومات و ليس لأصاله عدم وقوع العقد على المطلق ح أثر حتى تكون معارضه بذلك و ان كانتا متعارضتين بحسب أنفسهما لأن الأثر مترتب على عدم التقييد فقط لا على عدم الإطلاق و العام ليس أمرا وجود يا ليلزم إحرازه و لا يمكن التمسك به و يكون الأصلان متعارضان بخلاف الخاص فإنه أمر وجودى وجب إحرازه و لا يلزم من ذلك التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه إذ بالأصل نحرز أن الأمر الوجودى الذى هو حق فسخ العقد ليس لمن يدعى الخيار فيتحقق به موضوع التمسك بالعام.

و بعباره أخرى أن الشارع قد حكم بحرمه أكل مال الناس مطلقا الا أن تكون تجاره عن تراض، و الا عن يكون بغير جعل حق الفسخ فى البيع مثلا غايته أن الثانى مخصص منفصل فهو كالمتصل و إذا شككنا فى مورد فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۹۱

ثبوت حق الفسخ لأحد المتعاملين فننفيه بالأصل لأن الخارج عن العام أمر وجودى فكلما شككنا فيه فالأصل عدمه و ليس عنوان العام امرا وجوديّا أيضا حتى يحتاج إلى الإحراز فيجرى فيه الأصل أيضا، بل هو أمر عدمى و هو عدم جواز أكل مال الغير و حرمه التصرف فيه بدون اذنه فليس للأصل فى ناحيه الإطلاق هنا أثر و على هذا فلا مانع من إحراز موضوع تلك العمومات بالأصل ثم التمسك بالعام و ذلك نظير ما إذ شككنا فى ثبوت الخيار الشرعى فى معامله مثلا فإنه نتمسك بالعمومات فنحكم باللزوم كما إذا شك فى ثبوت خيار الحيوان فى الصلح مع عدم كونه بيعا كما هو واضح، نعم لا

يمكن التمسك هنا بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فإن الآيه تدل على الوفاء بكل عقد و هو انتهاء أمده و عدم انهدام الالتزام به و من الواضح أن الالتزام بالعقد التزام واحد اما يتعلق بالملكيه المطلقه أو يتعلق بالملكيه المقيده فالايه تدل و تلزم على إنهاء ما تعلق به الالتزام ان مطلقا فمطلقا ان مقيدا فمقيدا فلا بدّ ح من إحراز ذلك من الخارج فحيث لم يحرز أن الالتزام على أى كيفيه هنا فلا يمكن التمسك بالايه و إثبات اللزوم بها فى المقام كما هو واضح و هذا بخلاف بقيه العمومات المتقدمه فإنك قد عرفت أنها تدل على حرمه أكل مال الغير و عدم جواز التصرف فيه بدون اذنه فى جميع الأوقات و الحالات و الازمان و قد خرج عن ذلك خصوص ما ثبت لأحد المتبايعين أو كلاهما حق الفسخ و أخذ مال صاحبه اما بجعل منهما أو بجعل من الشارع و هو أمر وجودى إذا شككنا فيه فالأصل عدمه حتى أن نحرزه و لا يعارضه الأصل فى طرف الإطلاق لعدم ترتب الأثر عليه إذ عنوان العام أمر عدمى أعنى عدم جواز التصرف فى مال الغير، فلا يلزم إحرازه أى لم يترتب الأثر على إحرازه حتى ننفيه بالأصل و نحكم بعدمه ما لم نحرز وجوده قطعا.

و أما الجهه الثانيه أعنى الاختلاف فى أن ما تعلق به الشرط موجود أم لا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۹۲

ففى هنا ينعكس المطلب فيقدم قول مدعى الخيار حتى يثبت مدعى اللزوم دعوه و الوجه فى ذلك أن ما تعلق به الشرط قد يكون وصفا مفارقا و قد يكون وصفا غير مفارق.

أما الأول فكالخياطه و الكتابه و نحوهما فإذا وقع الاختلاف فى وجود مثل تلك الأوصاف فالأصل عدم تحقق تلك الأوصاف إلى زمان البيع فيثبت

أن البيع لم يقع على العبد الكاتب.

و بعباره أخرى وقوع العقد على العبد محرز بالوجدان و عدم وقوعه على الكاتب محرز بالأصل فليتم الموضوع المركب فيترتب عليه حكمه و على هذا فيثبت للمشترى فى هذه الصوره الخيار و كذا للبائع لو كان وصف من أوصاف الثمن مورد للاختلاف على هذا النحو و الوجه فى كون الأصل هنا مع مدعى الخيار أن تلك الأوصاف أمور مسبوقه بالعدم و لها حاله سابقه فمع الشك فيها يستصحب عدمه.

و أما الثانى: أعنى ما كان مورد الاختلاف فى الأوصاف الغير المفارقه فكالقرشيه و ككون الحنطه من المزرعه الفلانيه و هكذا ففى هنا و ان لم يكن لتلك الأوصاف حاله سابقه لأن الحنطه الخارجه من العدم الى الوجود اما خرجت متصفه بكونها من مزرعه فلانيه أو غير متصفه بكونها من المزرعه الفلانيه و لكن نحن نقول بجريان الاستصحاب فى الاعدام الأزليه و أن الأصل عدم اتصاف الحنطه بكونها من مزرعه فلانيه فيما خرجت من العدم الى الوجود كما هو كك فى القرشيه.

قوله مسأله: لو نسج بعض الثوب،

اشاره

أقول: قد ذكر غير واحد من الفقهاء هنا فرعا و هو انه لو نسج بعض الثوب فاشتراه على أن ينسج الباقى كالأول بطل كما عن المبسوط و القاضى و ابن سعيد و العلامه فى كتبه و جامع المقاصد و عن المختلف صحته و قد ذكر المصنف أنه لا يحضرنى المختلف

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۹۳

الان حتى أتأمل فى دليله و لكن ذكر بعد أسطر أن الظاهر لم يفى كلمات المختلف فى بعض صور للتى ذكرها و الذى يخطر بالبال أن النزاع هنا لفظى لأنه من البعيد جدا أن يلتزم شيخ الطائفه و نظائره على البطلان فيما لا

بدّ من القول بالصحه و يلتزم العلامه بالصحه فى مورد، لا بدّ فيه من البطلان

و توضيح ذلک أن الشقوق المتصور فى هذا الفرع أربعه،

الأول: أن يبيع البائع المنسوج الشخصى الذى موجود مع منسوج آخر كلى فى الذمه

مثل ذلک المنسوج الخارجى فيكون المبيع مركبا من الشخصى و الكلى، فالظاهر أنه لا شبهه فى صحه هذا القسم و لا يتوهّم أحد بطلان بيع الكلى و لا يحتمل قول الشيخ بالبطلان هنا، و عليه فان كان المنسوج الآخر مثل المنسوج سابقا فهو، و الا فلا بدّ للبائع من تبديله و يطالبه مثل المنسوج الأول و لا يثبت الخيار للمشترى، نعم لو كانت الهيئه الاتصاليه لها مدخليه فى زياده الثمن ثبت له خيار تخلف الوصف و تبعض الصفقه كما هو واضح.

الثانى: أن يبيع هذا المنسوج الموجود الخارجى الشخصى مع مقدار خاص من الغزل الخارجى الشخصى أيضا

و لكن يشترط المشترى على البائع نسجه مثل الأول و هذا أيضا لا شبهه فى صحته لأن الشرط سائغ غير مخالف للكتاب و السنه، و لا فيه جهاله ليوجب البطلان من جهه الغرر و عليه فإذا تخلف الشرط ثبت للمشترى خيار تخلف الشرط، كما هو واضح.

الثالث: أن يبيع المنسوج الخارجى الشخصى مع مقدار معين من الغزل الكلى فى الذمه

و لكن يشترط المشترى على البائع أن ينسجه مثل الأول ففى هنا أيضا لا طريق الى البطلان مع معلوميه الشرط و مشروعيته و لا يحتمل أن يقول الشيخ و أضرابه بالبطلان هنا و عليه فإذا تخلف لا يثبت الخيار للمشترى ابتداء إلا إذا أنجز إلى تخلف الوصف و تبعض الصفقه الموجب

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۹۴

لقله ماليه المبيع كما هو واضح.

الرابع: أن يبيع الثوب مع غير المنسوج من غير أن يدخل تحت أحد العناوين المتقدمه

و هذا باطل، لأنه بيع أخر غير موجود و مبيع معلق و قد دلت الأخبار الكثيره على بطلان بيع ما ليس عندك و من واضح أن هذا منه و أما بيع الكلى فقد خرج عن بيع ما ليس عندك و هو محكوم بالصحه كما أن السلم كک أى كالكلى و المظنون فلا أقل من الاحتمال أن النافين لصحه البيع فى هذا الفرع كالشيخ و نظائره ناظرين الى الوجه الأخير و مثبت الصحه كالعلامه فى المختلف ناظر الى الوجوه الثلاثه الأول و اذن فالنزاع لفظيه و على تقدير أن لا يكون النزاع لفظيّا فالحق هو ما ذكرناه كما هو واضح، هذا تمام الكلام فى خيار الرؤيه.

فى خيار العيب قوله

السابع: خيار العيب،

أقول: قد تسالم الفقهاء على صحه البيع مع الجهل بصفه المبيع التى من أوصاف الصحه، و قالوا إذا تخلف ثبت فيه خيار العيب و يمتاز هـذا الخيار عن بقيه الخيارات بأن من له الخيار فى بقيه الخيارات مخيّر بين الإمضاء و الفسـخ و لكنه هنا مخير بين الفسخ و الإمضاء مجانا أو مع العوض، و لكن وقع الإشـكال فى ذلك بأنه يلزم ح أن يكون البيع غرريّا فيكون باطلا و قد أجاب المصنف عن ذلك بأنه انما يكون البيع غرريّا إذا لم يكن هنا ما تحرز به صـحه المبيع و لا شـبهه فى أنها تحرز بأصاله الصـحه و السلامه و إذا اسـتند المتبايعـان إلى أصـاله السـلامه فيرتفع الغرر و يكون الـبيع صـحيحا و إذا ظهر العيب فى المـبيع فيكون للمشترى خيـار العيب لتخلف الشرط الضمنى الارتكازى الذى ترك التصريح به اعتمادا على

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۹۵

أصاله الصحه.

و لكن يرد عليه أنه لا دليل

على أصاله السلامه فى الأمتعه بوجه حتى يمكن الاستناد إليه فى ذلك و توهم استصحاب الصحه إذا كانت أمرا وجوديا فاسد لأن عدم الصحه أيضا أمرا وجودى و التقابل بينهما هو العدم و الملكه فلا يجرى الاستصحاب فى طرف واحد نعم الأصل الأولى فى الأشياء مع قطع النظر عن جميع الطوارى هو أن يكون سالما فى العيوب كما أن الأصل فى جميع الأجسام أن يكون كرويّا مع قطع النظر عن الزواجر و القواسر الخارجيه فإن نسبه الهواء إليها على حد سواء و مع ذلك فالغالب فى الأشياء هو عدم الكرويه و قد عرفت ذلك فى أول الخيارات و فى المقام أيضا نقول أن الأصل فى الأشياء و ان كان هو الصحه و السلامه و لكن مع ذلك أن الغالب فيها غير الصحه لأنا نشاهد بالوجدان و نرى بالعيان أن أغلب الأشياء معيوب و سقيم و غير صحيح و على هذا فكيف يحرز بأصاله الصحه أن المبيع سالم عن العيب و ليس بغررى و خطرى و مع كون أغلب الأشياء صحيحه و غير معيبه فأيضا لا يمكن رفع الغرر عن البيع بذلك لأن هذا لا دليل على اعتباره الا من باب أنه يفيد الظن و لو من باب أن الظن يلحق الشىء بالأعم الأغلب و من الواضح أنه لا يغنى من الحق شيئا و يبقى دعوى الإجماع على صحه البيع فى المقام بان يقال ان الإجماع قد قام على صحه البيع فى المقام بغير اشتراط فيكون ذلك مخصصا للنهى عن بيع الغرر بمعنى أن البيع الغررى باطل الّا فيما تعامل المتعاملان على المبيع بغير الوصف الصحه فإذا ظهر فيه عيب ثبت خيار العيب للطرف و لكن

ثبوت الإجماع التعبدى على ذلک بعيد جدا و الحکم بفساد هذه البيوع الواقعه على الأشياء بغير علم بجميع أوصافها أبعد فتصبح أن المسأله تکون مورد اشکال قوى و دعوى إمکان إحراز ذلک فى ما إذا کانت الحاله السابقه فى

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۹۶

المبيع الصحه فاسد إذ استصحاب الصحه لا يرفع الغرر فان الغرر هو الخطر و هو أمر نفسانى، فلا يرتفع بالاستصحاب کما لا يخفى، و لکن يمکن الجواب عنه على ما اخترناه فى ارتفاع الغرر بالخيار على ما تقدم خلافا للمصنف و جميع من تأخر عنه حيث ذهبوا الى أن الخيار من الأحکام الشرعيه الثابته على العقد الصحيح أى من أحکام العقد الصحيح فلا يرتفع الغرر بذلک فان العقد بعد کونه صحيحا لا يعقل أن يکون غرريا لأن غرريه العقد توجب بطلانه.

و لکن قد ذکرنا سابقا أن ما لا يرتفع الغرر بالخيار انما هو الخيار المجعول بجعل الشارع کخيارى المجلس و الحيوان و أما الخيار المجعول بجعل المتعاملان فلا شبهه فى ارتفاع الغرر به، لأن الغرر على ما عرفت هو بمعنى الخطر فأى خطر فى إقدام الشخص على شراء شى ء مع جعل الخيار لنفسه بان يشترط کونه على وصف کذا و إذا ظهر على الوصف فهو و الّا فله الخيار فلا يکون المشترى بعد هذا الاشتراط الذى لازمه جعل الخيار فى خطر أصلا و لا يتوجه عليه محذور کما هو واضح.

و على هذا المسلک يسهل لنا دفع الاشکال المتوجه على البيوع المتعارفه أعنى إشکال غرريتها، نعم يصعب على مثل الشيخ (ره) دفع ذلک کما عرفت.

و توضيح ذلک أن المتبايعين حين الاقدام على المعامله قد اشترط کل منهما على الآخر بحسب ارتکازهما

کون العوض سالما عن العیوب کما اشترط کل منهما کون کل من الثمن و المثمن مساویا للآخر کما تقدم و إذا تخلف هذا الشرط کان للمشروط له خیار تخلف الشرط و علی هذا فالمشتری مثلا و ان لم یعلم بأوصاف الصحه للمبیع و لکن قد اشتراه مشترطا علی البائع کون ذلک صحیحا عن العیوب و إذا ظهر علی خلاف ما اشترط علیه کان له

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۹۷

الخیار فأی غرر و خطر فی هذه المعامله فإنه مع ظهور المبیع سالما فلا غرر و لا خطر و مع ظهوره غیر سالم فأیضا لا خطر هنا فان الفرض أن له الخیار فإذا لم یرد یفسخ المعامله کما هو واضح، فلا یقع فیه الغرر کما إذا صرّح بهذا الشرط فی ضمن البیع فهل یتوهم أحد أن البیع هنا غرری و لا شبهه أن الشرط الضمنی کالاشتراط صریحا کما هو واضح، و علی هذا البیان لا ریب أن خیار العیب من فروع خیار تخلف الشرط لا من الخیارات المقابله لخیار تخلف الشرط کخیار الحیوان و التأخیر و الرؤیه و نحوها غایه الأمر ثبت هنا الأرش للروایه الخاصه و بالجمله علی هذا المسلک فخیار العیب الذی ثبت فیه الأرش قسم من خیار تخلف الشرط و علی هذا أیضا لا یفرق فی کون الخیار خیار عیب مع ظهور العیب فی المبیع بین أن یکون الشرط بحسب الارتکاز أو غیره و یدل علی هذا التعمیم الروایات منها صحیحه زراره «۱» عن أبی جعفر علیه السلام: اللّه قال «أیما رجل اشتری شیئا و به عیب و عوار لم یتبرا الیه و لم یبیّن له فأحدث فیه بعد ما قبضه شیئا

ثم علم بذلك العوار و بذلك الداء انه يمضى عليه البيع و يردّ عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به» فإن إطلاق هذه الروايه و غيرها هو ثبوت خيار العيب للمشترى مع الاشتراط صريحا أيضا و ان لم يقتصر فيه بالشرط الضمنى و انما ليس له حق الرجوع بالفسخ للتصرف فلا يلزم من التصريح بالشرط أن يكون الخيار خيار تخلف الشرط، بل يكون خيار خيار عيب فيرتب عليه حكمه، ثم ان خيار العيب و ان كان من مصاديق خيار تخلف الشرط و لكن مع ذلك فرق بينهما فإنه قد عرفت سابقا أنه لا دليل على مسقطيه التصرف فيه بخلافه هنا فإن الروايه دلت على أن احداث الحدث

---

(١) وسائل: ج ١٢، ص ٣۶٢، حديث ٢.

يوجب سقوط الخيار و يبقى حق مطالبه الأرش فقط للمشترى لا يقال أن هذه الروايه لا تدل على سقوط خيار الشرط بل الساقط خيار العيب و يبقى خيار تخلف الشرط على حاله كما لا دلاله فيها على سقوط خيار الحيوان.

فإنه يقال انه فرق بين خيار العيب و خيار الحيوان فان خيار العيب غير خيار تخلف الشرط، كما عرفت، فمسقطيه التصرف قد جعل فى مورد خيار تخلف الشرط فلا يعقل بقائه بعد التصرف بخلف خيار الحيوان فإنه أخص من خيار تخلف الشرط فلا يمكن كشف سقوطه من إطلاق قوله عليه السلام فإن أحدث فيه حدثا فله الأرش دون الفسخ على ما هو مضمون الروايه، و قد عرفت سابقا أن الخيار لا يتقيد بسببه حتى أن يقال ان موارد المقيد بكذا قد سقط.

هكذا ينبغى أن يحرز المقام ثم

ان مـا ذكرنـاه يظهر أن ثبـوت خيـار العيب ليس من جهه انصـراف المـبيع الى الفرد الصـحيح حـتى يجـاب عنه تـاره بـأنه لـو تم الانصـراف بما يختص بالمقام، بل يتم فى سائر الموارد أيضا من مطلق تخلف الشرط الذى هو مورد خيار تخلف الشرط و غيره، و يجاب اخرى كما فى المتن بأنه لو تم الانصـراف فلازم ذلك بطلان العقد، لأن ما وقع عليه العقد اعنى الصحيح ليس بموجود و ما هو موجود فليس بمبيع فيكون المقام كتخلف الصور النوعيه كما هو واضح.

ثم انه أيّد المصنف كون ثبوت خيار العيب أعم من صور الشرط الضمنى الارتكازى و من صوره التصريح بالشرط بروايه يونس فى رجـل اشترى جـاريه على أنها عـذراء فلم يجـدها عـذراء، قال: يردّ عليه فضل القيمه و علّل التعميم بأن اختصاره عليه السـلام على أخذ الأرش الظاهر فى عدم جواز الرد يدل على أن الخيار خيار العيب و لو كان هنا خيار تخلف الاشتراط لم يسقط

الرد بالتصـرف مع أن الاـشتراط فرض فى الروايه صـريحا كما هو ظاهر قوله عليه السـلام: اللّه على أنها عـذراء و لا يرد عليها أن الاـشتراط هنـا لم يكن صـريحا، بل ارتكازيا لئلا تعم الروايه صوره الاشتراط صـريحا، و ذلك لما عرفت أن ظهور قوله على أنها عذراء هو الاشتراط الصـريح، و الحاصل أشـكل على الروايه ثانيا بأنه لو سلمنا كون على أنها عذراء ظاهرا فى صوره الاشتراط و لكن لم يفرض فى الروايه سـقوطه بالتصـرف ليكون ذلـك خيار عيب و أيضا لا يرد على أن الخيار خيار تخلف الشـرط لا خيار العيب حتى يقال أنه أعم من صوره الاشتراط صريحا و عدمه

و دعوى أنه لو كـان الخيـار خيـار الاـشتراط لم يسـقط بالتصـرف و قـد فرض فى الروايه سـقوطه بالتصـرف و ثبوت الأرش فقط دعوى غير صـحيحه لأنه لم يفرض التصـرف فى الروايه لو سـلمنا كون هنا اشتراط و الجواب عن ذلك هو التصرف مفروض فى الروايه حيث أن الظـاهر من قوله عليه السـلام فلم يجـدها عـذراء أنه تصـرف فيه و لم يجـدها عـذراء، لاـ أنه علم بـذلك بـالعلم الخارجى من البينيه و نحوها فإنه لا يطلق الوجـدان على ذلك بل يقال علمها و عرفها و لا يطلق ذلك على المعرفه الحاصـله من العلم الخـارجى، و على كـل حـال فـالروايه ظـاهره فى التصـرف فلاـ يرد على كـون المفروض فى الروايه هو خيـار العيب بقرينه سقوطه بالتصرف و ثبوت الأرش فقط أنه لم يفرض التصرف فى الروايه.

بـل الجواب عن تأييـد المصـنف أنه ليس وصف الثيبوبه عيبا فى المرأه ليكون وصف العـذرائيه من أوصاف الصـحه، بل هو من وصف الكمال، فان العيب ما يكون نقصا فى البـدن فذهاب البكاره لا يوجب النقص فى البدن و الّا يلزم كون أكثر النساء معيوبه و عليه فلاـ يكون الخيار فى مفروض الروايه خيار عيب، بل خيار تخلف الشـرط غايه الأمر لو كانت الروايه صـحيحه لكانت داله على ثبوت الأرش فى مورد خاص من مصاديق خيار تخلف الشرط و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۰۰

سقوطه بالتصـرف كمـا يثبت الأـرش بـذهاب البكـاره فى النكـاح، يعنى ينقص من المهر مـا بين تفـاوت البكر و الثيب و سـيأتى التعرض لكون الثيبوبه عيبا أم لا فى العيوب؟

قوله: مسأله: ظهور العيب فى المبيع يوجب تسلط المشترى على الردّ و أخذ الأرش،

اشاره

أقول: قد تسالم الفقهاء على كون المشترى مخيرا بين فسخ العقد و إمضائه مجانا، أو مع العوض، و لكن

لم یوجد فی الأخبار ما یدل علی ذلک، و لذا ذکر فی الحدائق أن إثبات التخییر بین الفسخ و الإمضاء مع الأرش من الأول بالاخبار مشکل و ان اتفق الفقهاء علی التخییر من الأول و ذکر أنه لم یتنبه علی هذه النکته أی عدم انطباق فتوی الفقهاء علی الروایات قبلی أحد و ما ذکره صاحب الحدائق قویّ جدا لأن الأخبار انما تثبت الأرش بعد التصرف الموجب لسقوط الخیار لا قبله و علیه فالحکم قبل التصرف هو الخیار فقط من دون أن یکون للمشتری حق مطالبه الأرش، نعم ان کان هنا إجماع تعبدی یوجب التخییر من الأول فهو و الّا فما ذکره الأصحاب مشکل جدا و لکن إثبات الإجماع أیضا مشکل فإنه یحتمل أن یکون مدرکه الوجوه الاعتباریه أو توهّم دلاله الاخبار علی ذلک، و ذکر المصنف أنه قد یتکلف إثبات التخییر من الأول بوجهین:-

الأول: استفاده حکم ذلک من الاخبار بدعوی أنها تدل علی الردّ أعم من رد المبیع أو الأرش و أشار الی ذلک بأنه یصعب استفاده ذلک من الاخبار و غرضه أن یدعی أن المراد من الردّ فی الاخبار ردّ المبیع فی الجمله أعم من أن یکون بالرجوع بتمام الثمن بان یفسخ أو بالرجوع بالأرش فإن أخذ الأرش أیضا رد للمبیع فی الجمله حیث لم یبقه علی حاله من مقابله المبیع بتمام الثمن و فیه أولا أن الظاهر من الردّ فی الاخبار هو رد المبیع و لا یصدق رد المبیع علی أخذ الأرش و هو واضح علی أن الوصف لا یقابل

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۱۰۱

بالثمن کما سیأتی.

الوجه الثانی: أن نفس وصف الصحه انما هو یقابل بجزء من الثمن فمن الأول

يكون الثمن فى مقابل العين و وصفه و إذا ظهرت المخالفه أى ظهر عيب فى المبيع كان المشترى مخيرا بين ردّ ما قابل الوصف من الثمن و بين فسخ العقد كما هو واضح.

و أشكل عليه المصنف: ان وصف الصحه و ان كان يوجب الزياده فى الماليّه و لكن لا يكون الثمن واقعا فى مقابل الوصف، بل يكون واقعا فى مقابل العين، و الوصف واسطه لثبوت الماليه للعين و كذا لا يملك المشترى على مطالبه عين الثمن، بل يطلب التفاوت مع فقدان وصف الصحه مع أنه لو كان الوصف يقابل بالثمن كان للمشترى مطالبه جزء من شخص الثمن الذى وقع فى مقابل الوصف، و هذا الذى ذكره المصنف متين جدا، غلى أنه لو كان وصف الصحه يقابل بجزء من الثمن، فأى فرق بين هذا الوصف و بين بقيه الأوصاف كالأوصاف الكماليه، كما هو واضح.

ثم ذكر المصنف أنه قد يكون الثمن غير واقع فى مقابل الجزء أيضا فضلا عما هو شرط واقعا و هذا فيما إذا كان الجزء مأخوذا فى العقد على نحو الشرطيه كما إذا قال البائع بعتك الأرض الفلانيه على أنها جربان معينه، فظهر خلاف ذلك أو قال بعتك الحنطه الفلانيه على أنها منان فظهر أنها من، فذكر أنه فى هذه الصوره أيضا ثبت للمشترى خيار تخلف الشرط، و ليس له مطالبه جزء من الثمن بحيث يكون الخيار خيار تبعض الصفقه.

و لكن ما ذكره المصنف لا يمكن المساعده عليه فان المناط فى كون شى ء شرطا فى المعامله أو جزء ليس هو الذكر فى اللفظ، بل المناط هو اللب و الواقع و من الواضح أن المبيع فى مثل الأمثله المذكوره هو جميع أجزاء الأرض و الحنطه

و قد تقدم فى شرائط العوضين أن المبيع ينحل إلى أمور متعدده

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۰۲

كما هو واضح.

و على الجمله أن الصوره و ان كانت صوره شرط و لكن الواقع أن المذكور بعنوان الشرطيه هو جزء المبيع فيكون البيع مع التخلف عن المقدار المذكور منحلا الى بيوع متعدده كما هو واضح، فما ذكره المصنف ثانيا من الاشكال ليس بصحيح.

ثم انه ذكر فى المبسوط أن أخذ الأرش مشروط باليأس عن الرد فان كان مراده من اليأس هو تحقق ما يمنع عن الرد كالتصرف و نحوه من المسقطات فهو يرجع الى ما ذكرناه و ما ذكره صاحب الحدائق و هو متين، و الّا فإن كان مراده أنه مع الياس عن الردّ و لو مع بقاء الخيار فهو منطبق على ما ذكره المشهور و لا دليل عليه و على الجمله فلا دليل لما ذهب اليه المشهور من التخيير بين الردّ و الأرش من الأول، نعم فى الفقه الرضوى ما يدل على ذلك كما ذكره فى المتن و الحدائق بناء على عدم زياده كلمه الهمزه بين كلمه و ان شاء أخذه و بين كلمه رد بان يكون العطف بالواو لا بأو ليكون للتخيير، و لكن قد عرفت فى أول الكتاب مفصلا عدم اعتبار فقه الرضوى.

ثم ان ظهور العيب فى المبيع هل هو كاشف عن الخيار و أن الخيار ثابت من زمان وجود العيب أو أنه مثبت للخيار و تظهر الثمره بينهما فيما إذا أسقط المشترى خياره قبل ظهور العيب فإنه على القول بكونه كاشفا عنه فلا شبهه فى جواز الاسقاط فلا يلزم إشكال إسقاط ما لم يجب، و أما على القول بكونه مثبتا للخيار فلو أسقط

قبل ظهور العيب يلزم منه إشكال إسقاط ما لم يجب، و لكن قد عرفت سابقا أنه لا محذور فى ذلك أصلا و لا دليل على عدم جواز إسقاط ما لم يجب الا أنه قام الإجماع و تحقق الارتكاز على بطلان التعليق فى المعاملات و شى ء منهما لا يجرى فى المقام بعد وجود المقتضى للخيار الذى سقط.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۰۳

و أما أن ظهور العيب كاشف عن الخيار أو مثبت، فنقول الذى يظهر من الأخبار أنه كاشف عن ثبوت الخيار فان الظاهر من قولهم من اشترى شيئا و وجد فيه عيبا فله الرد، على ما هو مضمون الروايه أن للوجدان طريق الى الواقع و ليس له موضوعيه فى ثبوت الخيار كما هو المتفاهم العرفى من أمثال ذلك، فإنه لو سئل المفتى عن مثل ذلك فلا يتوهّم أحد أن الوجدان له موضوعيه فى ثبوت الخيار من حين الوجدان، بل هو كاشف عن ثبوت ذلك من الأول و مرآت عليه و مع الإغماض عن ظهور هذه الاخبار فى ما ذكرناه و لكن يكفى فى الدلاله على ما نقوله ما فى الصحيح عن أبى جعفر عليه السلام اللّه: أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبرء اليه و لم ينبه فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا و علم بذلك العوار و بذلك العيب فإنه يمضى عليه البيع فان هذه الروايه الشريفه تدل بمنطوقها على مضى البيع إذا علم المشترى بالبيع بعد التصرف و لكن يأخذ الأرش و تدل بمفهومها على ثبوت الخيار له إذا علم بالعيب قبل التصرف، ثم قال علم بذلك العوار حيث جعل العلم طريقا الى كشف العوار و لذا قال

أيما رجل اشتر شيئا و به عيب و عوار فظاهرها ان الخيار ثابت من الأول و لكن حيث أن البائع و لم ينبه بالعيب فيكشف العلم عن ثبوته من الأول مما هو واضح و العجب من السيّد حيث أنكر وجود ما يدل على كون وجدان العيب كاشفا عن كون الخيار ثابتا من الأول مع ان هذه الروايه ظاهره في ذلك، نعم هو شريك معنا في المدعى ثم ذكر المصنف أن ظهور العيب شرط لثبوت الخيار، و أما سببه فهو من زمان وجود العيب فهو أيضا خلاف الظاهر من الروايات خصوصا لصحيحه المتقدمه، فافهم.

ثم انه مما يؤيد بل يدل على كون الخيار مسببا عن العيب لا عن ظهوره ثبوت الأرش العيب.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۰۴

ثم انه هل يختص خيار العيب بالمشترى أى بالمثمن فيكون الخيار للمشترى فقط، أو يجرى فى الثمن و يشمل للبائع أيضا،

الظاهر أنه لا خلاف فى ثبوته للبائع أيضا و انما الكلام فى مدرك ذلك، و الذى يمكن أن يقال فيه وجوه:- الأول: قيام الإجماع على ذلك و فيه أن القطع بذلك مشكل جدا و لا نعلم بالإجماع التعبدى هنا فإنه مع تحقق الإجماع فنحتمل أن يكون مدركه الوجوه الآتيه.

الثانی: قاعده نفى الضرر و فيه أنه قد مر مرارا أن قاعده نفى الضرر لا يكون مدركا فى شىء من الخيارات على أنه لو كان هو المدرك هنا لكان إثبات الأرش به مشكلا و الا فلازم ذلك أن يثبت الأرش فى كل مورد كان نفى الضرر دليل للخيار كما هو واضح، و من المعلوم أنه لم يلتزم به أحد فى غير خيار العيب.

الثالث: أن يدعى أنه لا خصوصيه للمبيع فى ثبوت خيار العيب و الأرش فيه مع كون الثمن فى طرق آخر من المعامله و عدم إمكان البيع بالمبيع فقط، بل

لا بدّ من تحقق البيع بين الطرفين و المبادله بين العوضين فنسبه البيّع بالنسبه إلى الطرفين على حد سواء و عليه فالأخبار الداله على ثبوت الخيار و الأرش فى المبيع تدل على ثبوتهما فى الثمن أيضا فيكون الخيار ثابتا للمشترى أيضا كما ذكرنا سابقا أن ما دل على أن ثمن العذره سحت أو ثمن الخمر سحت، و ثمن الكلب سحت، أنه يختص بالمثمن فقط بل يجرى فى الثمن أيضا لعدم الفرق فى الفرض الذى نهى عن الثمن الأمور المذكوره فهى موجود فيما إذا كانت الأمور المذكوره ثمنا لشى ء آخر أو اجره للعمل أيضا كما هو واضح.

و إذا أمكن إثبات هذه الدعوى فى المقام أيضا كان الخيار و الأرش

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۰۵

جاريا فى طرف البائع أيضا و أن ذكر خصوص المبيع فى الروايات لكنه من جهه الغلبه إذ الغالب أن الثمن هو النقود و لا يكون فيها عيب غالبا، و لكن إثبات هذا أيضا مشكل فإنه من أى علم أن ذكر المبيع من جهه الغلبه كما هو واضح.

نعم، لا نضائق من القول بثبوت خيار العيب للبائع أيضا لا من جهه العيب، بل من جهه الشرط الضمنى على ما تقدم، و عليه فلا يمكن الالتزام بثبوت الأرش فى طرف الثمن كما هو واضح.

و من هنا ظهر فساد ما ذكره السيد فى المقام من كفايه الظن يكون ذكر المبيع من جهه الغلبه و كونه كفايه عن العوض فى البيع فإنه لا دليل على حجيه هذا الظن و أشكل من تعديه الحكم أى للثمن تعديه الحكم الى مطلق المعاملات بان يقال انه إذا آجر أحد دارا من شخص فظهر فيها العيب فيكون مخيرا بين مطالبه

التفاوت و الفسخ فإنه يمكن أن فى تعديه الحكم الى الثمن أن يقال أن ذكر المبيع من جهه الغلبه كما تقدم، و أن الثمن فى طرف البيع فإذا ثبت الحكم فى المبيع ثبت فى الثمن أيضا لعدم الخصوصيه للمبيع كما مثلنا بالأمثله المتقدمه فإن الفرض من الاخبار تفهيم أن النقص فى العوض يوجب الخيار و الأرش و لكن لا يمكن النفوذ بذلك فى مطلق المعاملات و عليه فلا بأس بالالتزام بالخيار فيها لتخلف الشرط و أما الأرش فلا دليل على ثبوته فيها كما هو واضح.

قوله فى مسقطات هذا الخيار بطرفيه أو أحدهما

مسأله يسقط الرد خاصه بأمور،

[التصريح بالتزام العقد و إسقاط الرد]

أقول: الظاهر بل الواقع أنه لا شبهه فى سقوط خيار العيب بالإسقاط على نهج بقيه الخيارات و انما الكلام فى سقوط الردّ فقط، أو سقوطه مع الأرش بحيث لا يكون لمن له الخيار بعد الاسقاط حق الرجوع فقط و الظاهر أنه لا ملازمه بين سقوط الردّ و سقوط حق مطالبه الأرش كما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۰۶

إذا لم يكن لكلامه ظهور الّا فى سقوط الردّ فسقط كقوله إسقاط الردّ أو لم يكن ملتفتا بان له مطالبه الأرش بل له الخيار فقط فإنه ح لو أسقط خياره و لو مع عدم تقييده بإسقاط الردّ، بل بإسقاط مطلق الخيار فإنه ح يسقط الردّ فقط أيضا، بل الأمر ككك حتى مع الالتفات بثبوت حق الرد و الأرش له و لكن القرينه قائمه على أنه لا يسقط الا الردّ أو ليس فى كلامه ظهور عرفى فى ذلك و أن قال أسقط خيارى و على الجمله فالمناط فى إسقاط الردّ و الأرش هو الظهور العرفى فكلما دل فى كلامه على سقوط الردّ فقط أو الردّ و الأرش معا فيكون متبعا و الا فلا،

كما هو واضح.

و عليه فدعوى أن كلمه الرد ظاهره فى إسقاط الخيار فقط، و أن كلمه الخيار ظاهره فى إسقاط الردّ و الأرش فقط لا يمكن المساعده عليه، نعم كلمه أسقط الردّ ظاهره فى إسقاط الردّ فقط، كما هو واضح هذا هو المطلب الأول.

و الحاصل: أن سقوط الخيار بطرفيه من الردّ و الأرش و بطرفه الواحد يحتاج الى كون المسقط ظاهرا فيه و عليه فلا بدّ من الاقتصار بالمتيقن.

المطلب الثانى: أنه لا شبهه فى سقوط هذا الخيار بالتصرف إجمالا

اشاره

و انما الكلام فى خصوصيات ذلك، فنقول

ان التصرف انما يكون على أنحاء

الأول أن يكون تصرفا مغيرا كقطع الثوب و صبغه و نحو ذلك،

و هذا لا شبهه فى كونه مسقطا للخيار و تدل عليه الصحيحه عن أبى جعفر عليه السلام اللّه أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبرأ اليه و لم ينبه فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا و علم بذلك العوار و بذلك العيب فإنه يمضى عليه البيع و يرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء و العيب من ذلك لو لم يكن به، و من الواضح أن تغيير العين و لو بمثل الصبغ و نحوه احداث للحدث فان المراد من الأحداث هو الكنايه عن ثبوت حدث فى المبيع لا معناه الصريح

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۰۷

اعنى اسناد الحدث الى الفاعل فيكون موجبا لسقوط الردّ و يبقى له حق مطالبه الأرش فقط كما لا يخفى.

و يؤيد ذلك مرسله جميل التى يعاملون معها معامله الصحيح و ان ناقشنا فى ذلك و هى عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى الرجل يشترى الثوب أو المتاع فيجد به عيبا، قال: ان كان الثوب قائما بعينه رده على صاحبه و أخذ الثمن و ان كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب.

الثانى: أن لا يكون هنا تصرف يوجب التأثر فى العين خارجا

و لكن يكون هنا تصرفا اعتباريا بحيث يكون مانعا عن الرجوع الى المتصرف ثانيا كأن يبيعه من شخص آخر فان البيع و ان كان لم يكن مثل القسم الأول من احداث الحدث فى العين و لكن لا شبهه فى صدق احداث الحدث على مثل هذا التصرف أيضا

فإنه أى إحـداث حـدث يكون أعظم من هذا الذى لا يقدر معه المتصـرف على الردّ الى ملكه و هكذا لو آجر العين من شـخص فان العين حين ما أخذها من البائع

كانت واجـده للمنفعه و قد صارت فاقده لها فأى حدث أعظم من ذلك و سـقوط الخيار قبل هذا التصـرفات للنص المتقدم و الا فقـد عرفت عدم سـقوطه بالتصـرف بمثل تلف العين غايه الأمر، العقد يفسخ و ينتقل الى المثل أو القيمه لأن الفسخ متعلق بالعقد دون العين كما تقدم.

نعم لـو نقـل العين الى غيره بمثـل الهبه فالظـاهر عـدم سـقوط حق الردّ بـذلك فـان العين و ان انتقلت الى غيره و لكن للمشـترى التمكن من رده بـالرجوع فـإذا قال فسـخت العقـد فيكون هـذه العباره فسـخا للعقـد و رجوعا فى الهبه كما هو واضـح و لا يقاس ذلـك بإمكـان الرجوع فى البيع أيضـا بالشـراء و نحوه فـان اختيـار الرجوع فى ذلـك ليس تحت يـد المشترى أعنى البـائع الثانى بخلاف ما لو نقلها بالهبه فإن اختيار إرجاع العين تحت يد الواهب

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۰۸

كما لا يخفى، فافهم.

و من هنا ظهر أن ما تنظر المحقق الثانى فى سقوط حق الردّ بالهبه وجيه و لا وجه لرد المصنف إياه بأنه لا وجه له.

الثالث: أن يكون التصرف تصرفا خارجيا من غير ان يكون مغيرا للعين

اشاره

و لا يكون مثل القسم الثانى أيضا، و هذا على أقسام ثلاثه:-

الأول: أن يكون له ظهور عرفى فى سقوط الخيار به كالمسقط اللفظى

فـإن سـقوط الخيار لا يختص باللفظ كما تقـدم فى خيار الحيوان و غيره، بل يسـقط بالفعل أيضا لا بما انه تصـرف بل بعنوان أنه مسقط عرفى كما هو واضح

الثانى: أن لا يكون له بشخصه ظهور فى سقوط الخيار به

فذكر المصنف أن الفعل إذا كان له دلاله نوعيه و كاشفه نوعيه فى الرضا بالعقد و إسقاط الردّ كاللفظ كان موجبا لسقوط الخيار و لكن الظاهر أن هذا الكلام لا يمكن المساعده عليه للفرق الواضح بين اللفظ و الفعل فى ذلك فان اللفظ انما يكون كاشفا عن اراده المتكلم مـدلول ذلك بحسب التعهد فان المتكلم قد تعهد بأنه إذا تكلم بلفظ فلانى فإنه أراد المعنى الفلانى و عليه فيكون الظن الحاصـل من كاشـفيه اللفـظ نوعـا حجه و متبعـا بحسب قيـام بناء العقلاء على ذلك و هـذا بخلاف الفعل الفلانى فإنه أراد المعنى الفلانـى ليكون كاشـفيه متبعه غـايه الأـمر أنه يحصـل الظن من ذلـك فهو ليس بحجه لعـدم الـدليل على اعتبـاره من بناء

العقلاء و غيره كما لا يخفى، فافهم، و هذا هو الفرق بين اللفظ و الفعل فى الكاشفيه و عدمها، خذه و اغتنم.

الثالث: أن لا يكون له ظهور فى الإسقاط

كما فى القسم الأول و لا يكون له كاشفيه نوعيه كما فى القسم الثانى على ما ذكره المصنف، بل يكون مجرد التصرف كالأمر باسقنى و غلق الباب و إعطاء متاع فظاهر جماعه أنه يسقط الرد بذلك أيضا، بل هذا هو صريح العلامه حيث ذكر فى بعض كتبه أنه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۰۹

يسقط الرد بالأمر كقوله ناولنى الماء أو أغلق الباب و نحو ذلك، و لكنه لا وجه لسقوطه بذلك بوجه فان الدليل على السقوط هنا هو احداث الحدث و من الواضح أنه لا يصدق على مثل هذه التصرفات احداث الحدث و ليس له كاشفيه نوعيه أيضا حتى يمكن القول بسقوطه من هذه الجهه كما قيل فى القسم الثانى فيبقى القول بالسقوط بمثل ذلك ح بلا دليل كما هو

واضح.

و الحاصل أنک قد عرفت أن التصرف بما هو تصرف لا یکون موجبا لسقوط الخیار حتی لو کان موجبا لتلف العین لما عرفت أن الفسخ و الخیار انما یتعلق بالعقد دون العین حتی لا یمکن ردها مع التلف فیجوز الفسخ بعد تلف العین و ینتقل العین الی المثل أو القیمه و لکن قد ورد النص بأن إحداث الحدث فی خیار العیب یکون مسقطا له و لمکان هذا النص فنقول بالسقوط هنا بالتصرف و لا شبهه فی صدق احداث الحدث بمثل تغییر اللون و القص فی الثوب و نحوه و هکذا فی مثل نقلها الی غیره بالبیع اللازم و کذلک الإیجار کما عرفت لصدق احداث الحدث فی جمیع ذلک، نعم لا یصدق ذلک فی مثل الهبه ثم انک قد عرفت أن ذلک لیس من جهه أن الفسخ یتعلق بالعین فمع نقلها الی غیره لا یمکن الردّ، بل هو من جهه التعبد فقط و الا فالفسخ یتعلق بالعقد علی ما عرفت سابقا، فإذا انفسخ العقد فان کانت العین باقیه یأخذها و الا فمثلها.

ثم انه لا بدّ و أن یعلم أن المصنف قد عبّر عن روایه زراره بالصحیحه فی موردین و هذا اشتباه لأن فی سندها موسی بن بکر و قد اختلف فی حاله و قال بعضهم أنه ضعیف و واقفی و قال بعضهم انه ممدوح کالمجلسی و ابن ادریس فی آخر السرائر و هذا هو الظاهر و لعل وجه تضعیف بعضهم أنه واقفی و ان استشکل بعضهم فی کونه واقفیا أیضا و کیف کان فالروایه و ان کانت معتبره، و لکنها لیست بصحیحه و لعل المصنف تبع فی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۱۱۰

التعبیر عنها بالصحیحه

قول العلامه حيث انه عبر عنها بذلک فی ولد الملاعنه لا فی هذه الروایه، بل فی روایه أخری مرویه بهذه السند و هو أیضا اشتباه فإن العلامه قد ضعف موسی بن بکر فی الخلاصه و مع ذلک حکم بصحه روایته و هذا استدراک مما تقدم.

و اما التصرف الخارجی الغیر المغیّر فقد عرفت أنه علی ثلاثه أقسام و عرفت القسمین عنها الأول کونه شخصیه کاشفا عن الرضا بالعقد و کونه مسقطا للخیار الثانی ما یکون بنوعه کاشفا عنه کما ذکره المصنف مثل دلاله الألفاظ و قد استشکلنا فی ذلک أیضا و انتهی الکلام الی القسم الثالث و هو ما لم یکن بنفسه کاشفا عن الرضا بالعقد و لا بنوعه، بل یکون مجرّد التصرف الخارجی، فهی هذا مسقط للخیار أم لا، فقد یظهر من جماعه سقوطه به، بل صرّح به العلامه کما تقدم

خویی، سید ابو القاسم موسوی، مصباح الفقاهه (المکاسب)، ۷ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المکاسب)؛ ج ۷، ص: ۱۱۰

و قد استدل علی ذلک بوجوه.

الأول: أنه ذکر الجماع فی الروایه فی کونه مسقط للردّ

مع أنه تصرف لا یوجب احداث الحدث فی الأمه بوجه، بل یبقی علی ما هی علیها بعد ذلک أیضا فیعلم من ذلک أن مطلق التصرف یکون موجبا لسقوط الردّ هنا.

و فیه أن هذه الروایه علی عدم سقوط الردّ بمطلق التصرف أدل فإنه لو کان مطلق التصرف موجبا لسقوط الردّ لم تصل النوبه إلی التعبیر بالجماع إذ یستحیل عاده خلو الجماع عن المقدمات و التصرفات من اللمس، و التقبیل و النظر الی ما لا یحل لغیر المولی و نحو ذلک فحیث اعتبر الجماع مسقطا دون غیره من مقدماتها فیعلم من ذلک أن مطلق التصرف لا یکون مسقطا للردّ و انما الجماع مسقط للنص الخاص فلا یمکن التعدی

منه الی غیره.

الوجه الثانی: دعوی الإجماع علی ذلک

و فیه أنه لا سبیل الی دعوی الإجماع فی المقام بحیث یکون هنا إجماع تعبدی علی کون التصرف علی وجه

الإطلاق مسقطا للرد و ذلک لان أکثر الکلمات التی نقلها المصنف مشحونه بأن التصرف انما یکون مسقطا للرد إذا کان مع العلم بالعیب و الّا، فلا فیعلم من ذلک أن ذهاب الفقهاء الی ذلک من جهه قولهم بان التصرف کاشف نوعا عن الرضا بالعقد فیکون ذلک مسقطا للردّ و حیث استشکلنا فی ذلک و أن التصرف لا یکون کاشفا عنه، فاذن لا وجه للإجماع و التمسک به لیکون التصرف مسقطا للإجماع التعبدی و هذا واضح لا یخفی.

الوجه الثالث: ما ورد فی خیار الحیوان من تفسیر الحدث،

بمثل التقبیل و اللمس و النظر الی ما لا یحل لغیر المولی، فیعلم من ذلک أن المراد من الحدث لیس هو حدوث تغییر فی العین، بل المراد منه هو مطلق التصرف، و الّا لما فسره الامام علیه السلام بمثل اللمس و نحوه و ان کان ذلک فی اللغه بمعنی التغییر، کما لا یخفی.

و فیه أولا: أنه قد ورد سقوط الخیار بالأمور المذکوره فی مورد خاص و هو خیار الحیوان، و قلنا أن ذلک لیس من جهه أن معنی الحدث هو ذلک، بل للتعبد الخاص و قد عرفت فی خیار الحیوان أنه لا یمکن التعدی من ذلک الی بقیه التصرفات فی نفس خیار الحیوان، أی یکون التصرف موجبا لسقوط خیار الحیوان فضلا عن التعدی الی غیر خیار الحیوان.

و ثانیا: لو تعدینا الی خیار الحیوان و قلنا بسقوطه بأی تصرف فی الحیوان فبأی وجه نتعدی الی غیر خیار الحیوان أیضا و کیف کان فلا یمکن التعدی من تلک الروایه إلی المقام، و القول بان

معنی الحدث هو أی تصرف و ان لم یکن مغیرا للعین فتحصل أنه لا دلیل علی کون مطلق التصرف موجبا لسقوط الخیار.

بل نقول:

ان لنا دلیل علی عدم سقوط الردّ بمطلق التصرف

اشاره

و هو وجوه،

الأول: روایه الجماع

علی التقریب المتقدم.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۱۱۲

الثانی: ما دل علی أنه لو اشتری أحد أمه و لم یطأها فی سته أشهر جاز ردها

و من البدیهی أنه لا یخلو عاده فی هذه المده أن المشتری یتصرف فیها و لو بالأمر بکنس الدار، و بمثل ناولنی الماء، و نحو ذلک، فلو کان مطلق التصرف موجبا لسقوط الردّ، لم یحکم الامام علیه السلام بالرد فی سته أشهر، فذکر الجماع دون غیره دلیل علی عدم سقوط ردها بمطلق التصرف.

الثالث: ما دل علی جواز ردّ المملوک من أحداث السنه

أی العیوب التی ظهرت فی مده السنه فإنها تکشف عن کون سببها قبل الشراء فإن العاده جاریه بظهور العیوب السابقه فی مثل هذه المده و تسمی ذلک أحداث السنه و من الواضح أن من المستحیل عاده أن لا یتصرف المشتری فی هذه المده أصلا، و لو بتصرف لا یغیر العین أصلا.

الرابع: نفس الروایه التی دلت علی عدم جواز الرد باحداث الحدث

فإنها تدل علی ذلک إذا کان فی المبیع عیب أو عوار و احداث المشتری فیه الحدث، و بمفهومها تدل علی جواز الردّ ما لم یحدث فیه الحدث و من الواضح أنا علمنا من الخارج أن مطلق التصرف لیس من مصادیق احداث الحدث، لا عرفا و لا لغه و لا

شرعـا، فمقتضـی مفهوم هـذه الروايه يجوز رده لـذلک کمـا هو واضـح و علی الجمله أن مطلق التصـرف لا يکون مسـقطا لخيار العيب أولا لعدم الدليل و المقتضی علی ذلک، و ثانيا لقيام الوجوه المذکوره علی عدم السقوط بمطلق التصرف.

نعم: يسـقط بمثـل احـداث الحـدث للنص بحيث لو لم يکن هنـا نص لـم نقـل بالسـقوط بمثله أيضا، بل بإتلاف العين أيضا، فإن الفسـخ لم يتعلق بالعين حتی يسـقط الخيار بنقلها، بل بالعقد فيمکن فسـخه بتلف العين و تنتقل العين الی المثل أو القيمه کما هو واضح، و من جميع ما ذکرناه ظهر لک حکم إتلاف العين کما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۱۱۳

ثم انه يقع الکلام فی أن احـداث الحـدث الـذی کان موجبا لسـقوط الخيار، هل هو مسـقط له بوجوده حدوثا و ان لم يبقی أثره بقاء أو انما يکون مانعا عن الرد بقاء، الذی يظهر لنا من الروايه الداله علی مسـقطيه إحداث الحدث الرد فان الظاهر من قوله عليه السلام فأحدث فيه بعد ما

قبضه شيئا و علم بذلك العيب فإنه يمضى عليه البيع أن الحدث موجود فى حال الرد و لذلك قال عليه السلام يمضى عليه البيع.

و بعباره أخرى أنك قد عرفت سابقا أن التصرف بأى نحو كان لا يكون مسقطا للرد حتى التلف، فان الفسخ انما يتعلق بالعقد لا بالعين حتى لا يمكن الفسخ و رد العين بعد التلف، أو التصرف المغير للعين، و انما ثبت لنا بالنص الخاص أن احداث الحدث يكون مانعا عن الرد و الحكمه فى ذلك هو إرفاق البائع و من الواضح أن الإرفاق انما يتحقق و يحصل إذا كان العيب موجودا فى العين حال ردها إلى البائع، و أما إذا برء الى وقت الرد فلا يكون ذلك مانعا عن الرد و هذا المعنى هو الذى يقتضيه مناسبه الحكم و الموضوع.

[الثالث تلف العين أو صيرورته كالتالف]

قوله: فرع لا خلاق نصا و فتوى فى أن وطى الجاريه يمنع عن ردها.

اشاره

أقول: المشهور، بل المجمع عليه بين الأصحاب هو أن وطى الجاريه مانع عن الرد، و انما الكلام فى دليل ذلك مع أنه لا دليل على كون التصرف مانعا عن الرد، و قد علل العلامه المنع فى موضع من التذكره بأن الوطى جنايه و لهذا يوجب غرامه جزء من القيمه كسائر جنايات المملوك، و قد ذكر فى كلام الإسكافى أيضا ان الوطى مما لا يمكن معه رد المبيع الى ما كان عليه قبله، فإنه لا بدّ و ان يكون مراد الإسكافى أيضا ما ذكره العلامه، فإنه لا مفهوم له الّا ذلك إذ النظر و التقبيل و نحو ذلك أيضا يوجب أن الأمه مع ذلك فلا يمكن ردها الى ما كانت عليه قبل النظر و التقبيل فلا بدّ و أن يراد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۱۴

ما ذكره العلامه من كون الوطى جنايه

و قـد أيّد المصـنف ذلک بما ورد فی جمله من الروايات من قوله عليه السـلام: معاذ اللّه أن يجعل لها أجر فإن فيه إشاره إلى انه لو ردّهـا لا ـ بـدّ أن يراد معهـا شـيئا تـداركا للجنـايه إذ لو كان الوطی مجرّد استيفاء منفعه لم يتوقف ردها على رد عوض المنفعه لكون الاستيفاء واقعا فی ملكه فلا يجب مع الرد رد المنفعه كما هو واضح، فان الفسخ فسخ للعقد من حين الفسخ لا من الأول.

أقول: أما كون الوطی جنايه فهو بـديهی البطلان، و لم يلتزم به أحـد فی بقيه الموارد و لذا لو زنی أحد بامرأه العياذ باللّه، أو وطأ غلامـا لم يتوهم أحـد أنه يؤخـذ منه الجنايه، نعم ثبت الجنايه فی إزاله البكر و لكن ذلک من جهه كونه ازاله صـفه كمال لا من جهه الوطی فما ذكره العلامه و الإسـكافی مما لا وجه له، و من هنا أنه لا فرق فی التصـرفات الغير المغيره بين الوطی و غيره، فإنه أيضا من التصـرفات الغير المغيّره كما لا يخفی و أما ما ذكر فی الروايات من قوله عليه السلام: معاذ اللّه أن يجعل لها أجر لا يدل على أن ذلـک من بـاب الجنـايه، و أن الاسـتعاذه من جهه نفی الأـجره و أما ما ذكره المصـنف من حمل الروايه على التقيه و أن الأمير عليه السـلام تكلم بذلک رعايه لحال رعيته، فهو بعيد، بل ذلک من جهه أن الأمير عليه السلام تكلم بذلک إشعارا الى أن الحكم هنا أمر ثابت بالتعبـد لا انه من تلقاء نفس لأنی ليست مشـرعا حتى اجعل لها أجرا و لـذا قال عليه السـلام فی روايه ميسـر: معاذ اللّه أن أجعل لها اجرا.

بل التحقيق ان عدم جواز الرد مع الوطی من جهه التعبد بالروایات الوارده فی المقام فإنها دلت علی ذلک، کما هو واضح.

و قد انتهی الکلام الی أن الوطی یمنع من الرد أم لا و قلنا بکونه مانعا عن الرد للروایات الخاصه لا من جهه أنه إحداث الحدث و لا من جهه انه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۱۱۵

تصرف و لا من جهه أنه جنایه، کما ذهب إلیه العلامه،

و انما الکلام فی أنه مانع عن الرد مطلقا و لیس منه استثناء أو استثنی منه صوره کون الجاریه حامله

اشاره

کما ان أصل مانعیه الوطی عن الرد مستثنی عن أصل عدم مانعیه التصرف عن الرد

و المشهور هو الثانی، و ان الحمل مع کونه عیبا و الوطی لیس مانعا عن الرد

اشاره

و کلمات أکثرهم فی ذلک مطلقه أی أعم من أن یکون هنا عیب آخر غیر الحمل أو یکون هو الحمل فقط سواء کان الحمل هو العیب أم لم یکن الحمل عیبا. و قد ذکروا هنا أیضا أن الجاریه ترد و یرد معها العشر کما هو المشهور و استندوا فی ذلک الی ظاهر من الروایات منها صحیحه بن سنان الداله علی رد الجاریه الحامله، و رد نصف عشر قیمتها، و کک فی روایتی عبد الملک و ابن أبی عمیر و فی صحیحه محمد بن مسلم یردها و یکسوها و فی روایه عبد الملک یردها و یرد عشر قیمتها و هذه الروایات تدل علی ما ذهب الیه المشهور، بل ادعی الإجماع علی العمل بظاهرها و لکن خلافا لما عن الإسکافی حیث حملها علی کون الجاریه أم ولد من المولی و التزام بوجوب الرد لبطلان بیع أم الولد، و یکون رد نصف عشر القیمه فی مکان مهر المثل فی الحر الموطوءه بشبهه، و قد اختار ذلک فی المختلف بل هو ظاهر الشیخ فی النهایه، حیث قال فان وجد بها عیبا بعد أن وطئها لم یکن له ردها و کان له أرش العیب خاصه الا أن یکون العیب من حبل فیلزمه ردها علی کل حال وطئها أو لم یطئها و یرد معها إذا وطئها نصف عشر قیمتها ثم ذکر المصنف و یمکن استفاده هذه من إطلاق المبسوط القول بمنع الوطی من الرد، فان من البعید عدم استثناء وطی الحامل و عدم تعرضه لحکمه مع اشتهار المسأله فی الروایات و السنه القدماء، و اطلاع

الشيخ على الروايات الداله على ذلك.

و هذا القول هو ظاهر الرياض و الوسيله. ثم اختاره المصنف أيضا و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۱۶

قال ان الروايات المتقدمه و ان كان فى بادى النظر ما ذكره المشهور الا

أن العمل على هذا الظهور يستلزم مخالفه الظاهر من وجوه.

الأول: أنه يلزم المخالفه على هذه الروايه من أحد الطرفين

اما مخالفه ظهورها فى وجوب رد الجاريه فإنها ظاهره فى وجوب رد الجاريه و حملها على الرد مع الوطى و صحه البيع لا يستقيم الا برفع اليد عن حملها على وجوب الرد إذ مع صحه البيع لا يجب الرد، بل كان جائزا و أما القول بوجوب الرد فلا يمكن القول بصحه البيع، بل يلتزم بفساد البيع لكونه بيع أم ولد فيكون الرد واجبا لوجوب رد مال الغير اليه و من الواضح هذا الحمل مخالف للظاهر بلا شبهه لكون الجمله الخبريه الوارد فيها ظاهره فى الوجوب كما حقق فى الأصول و حملها على مجرد الجواز خلاف الظاهر منها.

و اما أن يقيد الحمل بكونه من غير المولى حتى يكون الجمله الخبريه وارده فى مقام دفع توهم الحظر الناشى من الأخبار المتقدمه المانعه من رد الجاريه بعد الوطى إذ لو بقى الحمل على إطلاقه لم يستقم دعوى وقوع الجمله الخبريه فى مقام دفع توهم الحظر.

و بالجمله أن دعوى جواز رد الجاريه الحامله و عدم مانعيه الحمل من الرد من آثار البيع الصحيح فبعد كون البيع بيع أم ولد، أو إطلاقه و كونه أعم من بيع أم الولد و غيره كان البيع باطلا و وجب رد الجاريه إلى مالكها فلا بدّ اما من رفع اليد من ظهور الرد فى الوجوب الذى هو ظاهر الجمله الخبريه و حملها على الجواز أو حمل الوجوب على دفع توهّم الحظر الناشى من الاخبار فكأن

السائل توهم عدم جواز الرد مع الوطى مطلقا فسال عن ذلك مع كون الجاريه حامله و من الواضح أن كلاهما ارتكاب على خلاف الظاهر فلا بدّ من البقاء ظاهرها و ثبوت الرد على حاله فتكون الروايات ح محموله على أم الولد، و تكون خارجه عما نحن فيه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۱۷

على أنه يبعد حمل تلك الروايات على الجواز اختلاف السياق فإنه ذكر فيها أنه يرد الجاريه و يردّ نصف عشر قيمتها فإنه من البعيد أن تحمل كلمه يردّ الجاريه على الجواز و كلمه يرد نصف عشر قيمه على الوجوب فمقتضى اتحاد السياق هو أنّ يراد من كلمه يرد وجوب الرد فى كلا الموردين و عليه فتكون الروايات محموله على أم ولد المولى.

الوجه الثانى: أن الروايات المذكوره منطبقه على وجوب ردّ نصف عشر القيمه أو عشرها

و هذا لا يجتمع مع القواعد فان مقتضى القاعده منافع مال كل شخص عائده اليه و إذا استوفاها فتكون له و عليه فلا مقتضى لإعطاء عشر قيمه الجاريه أو نصف عشر قيمتها لكون استيفاء المنفعه واقعا فى ملكه و عليه فلا بدّ اما من الالتزام بان استيفاء المنفعه هنا من المالك الأول و ان كان فى ملكه فيكون ما نحن فيه تخصيصا للقاعده المذكوره المسلّمه و هو بعيد.

أو لا بدّ من الالتزام بكون المورد تخصيصا لما هو المسلم من أن بطلان العقد من حين الفسخ لا من حين العقد و من أول الأمر و يقال فى المقام بان الفسخ من الأول فيكون العقد باطلا من الأول، و يكون ما استوفاه المشترى من المنافع من أموال البائع و عليه يجب ردها اليه و رد نصف عشر القيمه أو عشرها من جهه ذلك.

و بعباره أخرى أن كون العقر على المشترى مخالف لقاعده عدم

العقر فی وطی الملک أو مخالف لقاعده کون الرد بالعیب فسخا من حینه لا من أصله. و هذا أیضا بعید.

الوجه الثالث: أن الالتزام بعدم کون الوطی مانعا عن الرد مع کون الجاریه حبلی مخالف لما ورد عموما

من کون احداث الحدث مانعا عن الرد و ما ورد خصوصا من کون الوطی مانعا عن الرد و هذا أیضا بعید.

الوجه الرابع: أنه ذکر المصنف (ره) أیضا ان هذا المعنی یستفاد من روایتین:

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۱۱۸

الأولی: روایه ابن ابی عمیر فی رجل باع جاریه حبلی و هو لا یعلم فإن السؤال فی هذه الروایه عن بیع أم الولد و الّا لم یکن لذکر جهل البائع فی السؤال فائده فان ماله فائده انما هو جهل المشتری فإنه مع الجهل یکون له خیار العیب و اما مع عدم الجهل فلا یکون له خیار لإقدامه بذلک البیع و أما إذا کانت الجاریه أم ولد، فجهل البائع له فائده فإنه مع عدم الجهل بالحمل لا یمکن له بیع الجاریه لکونها أم ولد.

الثانیه: صحیحه محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام (فی رجل) یشتری الجاریه الحبلی فینکحها قال یردها و یکسوها فان قوله علیه السلام یکسوها مشعره بما ذکرناه حیث انه ثبت فی الشریعه المقدسه أن الکسوه ثبت للحره یطؤها و حیث ان أم الولد فیها شأنیه الحریه فلهذا اثبت الامام علیه السلام فیها الکسوه.

و الحاصل: أنه ذکر المصنف أن الاخبار المذکوره و ان کانت ظاهره فی بادی النظر فی ما ذهب الیه المشهور من کون الوطی غیر مانع عن رد الجاریه الحامله

و لکن لا بدّ من رفع الید عن هذا بوجوه و حملها عن أم الولد

الأول: أن الجمله الخبریه الفعلیه فیها

و هی قوله علیه السلام یردها ظاهره فی الوجوب و هی لا تصح إلّا فی حمل الجاریه علی أم الولد لوجوب ردّها الی مالکها من جهه بطلان البیع فیها فلو حملناها علی غیر أم الولد فاما لا بدّ من رفع الید عن ظهور الجمله الخبریه فی الوجوب و حملها علی جواز الرد و هو خلاف الظاهر منها و اما إبقائها فی ظاهرها و لکن یحمل الوجوب علی دفع توهّم الحظر من جهه الإطلاقات الداله علی مانعیه ردّ الوطی و هذا أیضا خلاف الظاهر من

الوجوب.

و بعباره أخرى حمل البيع على البيع الصحيح يستلزم الارتكاب بأحد

خلافى الظاهر من كون الجمله الخبريه الواقعه فى الروايه ظاهره فى الوجوب كما هو واضح.

الثاني: أن المنافع المستوفاه انما هى للمشترى

لكونها فى ملكه و حمل الروايات على غير أم الولد يستلزم أن تكون تلك المنافع للبائع لأن تلك الأخبار تدل على ردّ عشر القيمه أو نصف عشر القيمه و عليه فلا بد اما من الالتزام بكون المنفعه هنا للبائع تخصصا للقاعده الداله على ان المنافع الملك للمالك أو من الالتزام بكون الفسخ من الأول لا من حين الفسخ و هذا أيضا بعيد جدا.

الوجه الثالث: أن الالتزام بعدم حملها على أم الولد و القول بجواز وطى الجاريه الحامله غير مانع عن الرد

للزم الالتزام بتقييد ما دل بإطلاقه على مانعيه الحدث و التصرف من الرد لكونه كاشفا عن الرضا بالعقد و منافيا لإطلاق ما دل على مانعيه خصوص الوطى عن الرد و هذا أيضا بعيد.

الرابع: قد وقعت الإشاره فى مرسله ابن أبى عمير الى كون الجاريه أم ولد

لانه وقع فى السؤال فيها أنه باع جاريه حبلى و هو لا يعلم و من الواضح أنه لا أثر لجهل البائع فى بيع غير أم الولد و أما فى بيع أم الولد فله أثر لأنه مع العلم بكونها أم ولد لا يبعها و أيضا ذكر فى الصحيحه أنه يرد الجاريه و يكسوها و من الواضح أن الكسوه انما هى وقعت فى طلاق الحره مع عدم فرض المهر لها و حيث أن أم الولد متشبثه بالحريه قد ذكر الامام عليه السلام فيها الكسوه.

الوجه الخامس: أن هذه الأخبار الداله على جواز ردّ جاريه الحامله بعد الوطى

و عدم مانعيه الوطى عن الرد فيها ظاهره فى أن الرد انما وقع بعد تصرف المشترى فى الجاريه بغير الوطى من مثل اسقنى الماء و أغلق الباب و مقدمات الوطى و غير ذلك من التصرفات التى يبعد عاده، بل

يستحيل خلو المشترى عنها و لا أن الجاريه تنفك عنها و تقييد هذه الروايات بصوره عدم هذه التصرفات تقييد بها بالفرض

النادر.

نعم، التزمنا بالتقييد بذلك فى غير هذه الأخبار مما دل على ردّ الجاريه بعد مده طويله كسته أشهر على ما تقدم و انما التزمنا على ذلك من جهه الدليل الدال على لزوم العقد بالتصرف و لكن لا داعى لهذا التقييد هنا لعدم إمكان تقييد ما دل على رد الجاريه بعد مده طويله بنحو آخر و لكنه يمكن تقييدها بنحو آخر فى المقام، فإنه يمكن تقييد الحمل هنا بكونه من المولى لتسلم هذه الأخبار الداله على رد الجاريه الحامله بعد الوطى عن جميع التقييدات المتقدمه كما لا يخفى.

غايه الأمر أن هذه الاخبار تعارض مع ما دل على منع الوطى عن الرد بالعموم من وجه فيبقى ما عدا الوجه

الثالث مرجحا لتقييد هذه الأخبار.

و توضيح ذلك أن هذه الأخبار أخص من حيث اختصاصها بصوره الحبل و عدم شمولها لموارد الوطى بأجمعها و لكنها مطلقه من حيث كون الحمل من المولى لتكون الجاريه أم ولد أو من غير المولى لئلا تكون الجاريه أم ولد و الأخبار الداله على مانعيه الوطى عن الرد فهى أخص من حيث موردها و هو البيع الصحيح و عدم شمولها الجاريه التى هى أم الولد لأن الكلام فيها قد فرض فى البيع الصحيح و من الواضح أن بيع أم الولد سواء كان مع العلم أو بدونه ليس بصحيح فلا تكون شامله لأم الولد و لكنها أعم من حيث كون الوطى وطيا للجاريه الحامله أو الحائله لإطلاقها و ح تقع المعارضه بينهما و الوجوه المتقدمه مرجحه لها و على تقدير التكافؤ و التساقط وجب الرجوع الى عموم ما دل أن احداث الحدث مطلقا مانع عن الرد لكونه رضى بالبيع ثم ذكر أنه يمكن الرجوع الى ما دل على جواز الرد مع قيام العين كمرسله جميل بن دراج المتقدمه ثم ذكر أنه مع المناقشه فى عموم ما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۲۱

دل على عدم جواز الرد بمطلق التصرف وجب الرجوع الى أصاله جواز الرد الثابت قبل الوطى و لكن يبقى أن لزوم العقر على المشترى بنصف عشر القيمه أو عشرها بلا وجه و لكن يمكن إثباته بعدم القول بالفصل لأنه كلمن قال بلزوم رد الجاريه الحامله بعد الوطى قال بذلك مع العقر و كلمن لم نقل لم نقل بذلك مطلقا.

و الحاصل: أن المصنف أثبت فى النتيجه ما ذهب اليه صاحب الرياض و غيره من حمل الأخبار المذكوره على أم الولد و

أن وطى الجاريه الحامله أيضا مانع عن الرد كما هو واضح فافهم هذه هى محصل الوجوه التى ذكرها المصنف و العمده منها هى الوجه الأول و الخامس.

أقول:

الأولى: ما ذهب اليه المشهور من جواز ردّ الجاريه الحامله بالوطى و عدم حملها بأم الولد

و الوجوه التى ذكرها المصنف تأييدا لحملها على أم الولد و كونها أجنبيه عن جواز رد الجاريه الحامله بعد الوطى لا ترجع الى محصل أما الوجه الأول الذى هو من عمده الوجوه فجوابه أن ما ذكره من كون الجمله الخبريه ظاهره فى الوجوب فهو متين و لكن ذلك لا يوجب حملها على أم الولد حفظا لظاهرها بل هى ظاهر فى الجاريه الحامله من غير المولى فالجمله و ان كانت ظاهره فى الوجوب و لكن القرينه دلت على كون الوجوب فى مقام دفع توهم الحظر الناشى من المطلقات الداله على مانعيه الوطى من الرد، فلا تحمل الجمله الإنشائيه على الجواز ابتداء ليكون ذلك الحمل على خلاف الظاهر، بل تدل على دفع توهم الحظر و لازم ذلك هو جواز الرد لا وجوبه فالجمله باقيه على استعمالها فى الوجوب، و لكن فى الوجوب فى دفع توهم الحظر و يلزم عليه الجواز و الذى يدل على اراده الحمل من غير المولى ما وقع فى بعض تلك الروايات المقابله بين الجاريه الحبلى إذا وطئها المشترى فحكم الامام عليه السلام بردها و بين الجاريه التى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۲۲

ليست بحبلى و وطئها المشترى حيث حكم الامام عليه السلام اللّه بعدم جواز ردها فهذه المقابله تدل على أن الرد و عدم الرد قد ورد أعلى الورد واحد و من الواضح أن يقبل هذه المقابله، أى الرد تاره و عدم الرد اخرى هو البيع الصحيح لا الباطل فتكون أم الولد خارجه عن حدود

تلك الاخبار بل الأمر كك إذا لم تكن هنا مقابله حيث ان كلمه ترد الجاريه صريحه فى إراده البيع الصحيح دون الفاسد فلا يمكن حمل الجاريه ح على أم الولد و ذلك أن من الواضح جدا أن المراد من الرد ليس هو الرد الخارجى الحقيقى لبداهه عدم وجوب ذلك حتى مع كون الجاريه أم ولد و بطلان البيع لجواز إبقاء الجاريه عند المشترى بالإجازه أو بالإجاره و نحوهما بل المراد من الرد هو الرد الاعتبارى أى الرد الى ملك البائع.

و بعباره أخرى أن المراد هو الرد الخارجى و لكنه كنايه عن الرد الاعتبارى و من الواضح أن الرد الى ملك البائع لا يمكن الا بالفسخ بعد كون البيع صحيحا فلا يعقل صحه المعامله مع كون الجاريه أم ولد لبطلان البيع مع ذلك.

و الذى يدل على هذا المعنى و على كون الوجوب لدفع توهّم الحظر ما فى صحيحه ابن سنان من استشهاد الامام (ع) بقوله لا ترد الجاريه التى ليست بحبلى إذا وطئها صاحبها حيث انه لا وجه لذلك بعد كون الجاريه أم ولد و بطلان البيع فإنه مع بطلان البيع أى معنى لاستشهاده عليه السلام بقسم خاص من البيع الصحيح و أنه لا ترد الجاريه فى هذا القسم فتدل هذه المقابله على كون الصوره الاولى و هو رد الجاريه الحامله مع الوطى فى البيع الصحيح أيضا و هذه الفقره أى الاستشهاد بكلام على عليه السلام أيضا تدل على كون الوجوب لدفع توهم الحظر حيث انه توهم السائل من المطلقات عدم جواز رد الجاريه بعد الوطى مطلقا فدفع الامام عليه السلام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۲۳

ذلك التوهم باختلاف الموردين.

و بالجمله ففى الروايه قوه ظهور

على مـا ذكرنـاه كمـا لاـ يخفى، فـالجمله الخبريه انمـا اسـتعملت فى الوجوب و فى مقـام إنشـاء الحكم من غير اراده الجواز منها ليكون خلاف الظاهر منها و لكن فى دفع توهم الحظر و لازم ذلك هو الجواز فإنه بعد بيان اختلاف الموردين بدفع توهم الحظر يعلم أن فيمـا نحن فيه يجوز الرد كما أن للروايه قوه ظهور فى أن المراد من الرد هو الكنايه عن فسـخ العقـد و أن الرد خارجى و لكن ذلك كنايه عن الرد الاعتبارى و هو الرد الى الملك و فسخ العقد فافهم ذلك و اغتنم.

و الحاصل: أن المستفاد من كلمه يرد فى الروايات أن المراد منها هو جواز رد الجاريه الحامله من غير المولى بعد وطى المشترى لها فان الرد كنايه عن الرد الى الملك لعدم وجوب الرد الخارجى قطعا لو كان المراد من الحمل كونها حامله من المولى فتكون الروايات خارجه عن أم الولـد موضوعا و تـدل على ذلك مقابله الرد مع عـدم رد الجاريه بعـد الوطى إذا لم تكن حامله و تكون نفس هذه المقابله قرينه على كون الجمله الخبريه الداله على الوجوب واقعه فى مقام توهم الحظر.

و ما افاده المصنف من الوجه الأول الذى هو العمده لا يتم.

أما ما افاده ثانيا من بعـد كون المنافع المسـتوفاه فى ملك المشترى للبائع كما يقتضـيه وجوب رد نصف العشـر على البائع و هـذا بخلاف ما إذا حملنا الروايات على أم الولد فإن إعطاء نصف العشـر أو العشـر من القيمه فى مقابل الوطى كما أن فى وطى الحره شبهه يوجب مهر المثل على الواطى فهو أيضا واضح الدفع فان ذلك حكم قد صدر من الشارع فى مورد تعبدا فلا بدّ من

العمل به كما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۲۴

و أما الوجه الثالث: من أن كون الحمل من غير المولى يستلزم التقييد فى الروايات الداله على أن الوطى مانع عن الرد فهو محض استبعاد فأى مانع من التقييد و التخصيص بعد قيام الدليل على ذلك كما هو واضح و قد شاع تخصيص العام حتى قيل ما من عام الا و قد خصّ.

و أما الوجه الرابع: أعنى دلاله بعض الروايات على حمل الجاريه الحامله على أم الولد و هى تقييد البيع بجهل البائع ففيه.

أولا: أن ذلك التقييد انما وقع فى كلام الراوى و لا فائده له ح فان من يبتلى بأسأله العوام يعلم أن فى سؤالاتهم قيود لا فائده فى ذكرها أصلا.

و ثانيا: أن فائده التقييد ليس منحصرا بكون الجاريه أم ولد بحيث لو لم يكن البائع عالما بذلك لما باع و أما لو كانت الجاريه غير أم ولد فلا فائده للتقييد أصلا فيكون لغوا لإمكان أن يكون التقييد من جهه بيان موضوع الخيار و أنه لو كان عالما لبين عيب الجاريه و هو الحمل و ح لما كان للمشترى خيار أصلا فيكون الغرض من التقييد هو الأثر الوضعى و يمكن أن يكون الغرض من ذلك هو رفع الحكم التكليفى أيضا فإنه لو كان البائع عالما بالعيب لكان بيعه بدون بيان غشا محرما و بعيد من المسلم أن يرتكب بذلك و انما أقدم عليه جهلا و كيف كان فلا دلاله فى هذا التقييد على ما ذكره المصنف و أما ذكره الكسوه فى روايه ابن مسلم فهو انما يشعر بما ذكره المصنف إذا قلنا ان الواجب على المشترى لزوم رد نصف عشر القيمه أو عشر القيمه

و أما إذا قلنا أنها أحد أفراد الواجب المخير كما سنذكره، فلا اشعار فيها أصلا بما ذكره المصنف.

و أما الوجه الخامس: من أنه لو حملنا الجاريه على غير أم الولد فيلزم تقييد ما دل على كون التصرف مسقطا لأن الوطى لا ينفك عن التصرفات و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۲۵

هذا بخلاف ما لو حملناها على أم الولد فإنه لا داعى لهذا لتقييد أصلا و فيه:- أولا: أنه لا دليل على كون التصرف مطلقا مسقطا للرد و انما المسقط هو احداث الحدث للنص الخاص على ما تقدم بل يلتزم به المصنف أيضا إلا إذا كان كاشفا عن الرضا بالعقد نوعا و قد ناقشنا فى ذلك أيضا.

و ثانيا: أنه بعد ما قلنا بجواز رد الجاريه الحامله بعد وطى المشترى بها فيدل ذلك بالالتزام على أن التصرفات التى لا تخلو الجاريه عنها من مقدمات الوطى أو مثل ناولنى الماء و أغلق الباب لا يكون مانعا عن الرد فتكون هذه الروايات مقيده لما دل على كون التصرف مسقطا للرد كما هو واضح.

و أما ما ذكره من أن غايه الأمر وقوع المعارضه بين ما دل على مانعيه الوطى عن الرد مطلقا و بين ما دل على عدم مانعيه إذا كان الوطى للحامله بالعموم من وجه فبناء على ما ذكرناه من حمل الأخبار الثانيه على الحمل من غير المولى فلا تصل النوبه إلى التساقط كما هو الصحيح و قد عرفت عدم تماميه شى ء مما ذكره المصنف ليكون مرجحا لما ذكره و قلنا ان المتعين حمل هذه الاخبار على غير أم الولد و مع الغض عن ذلك فتسقط كلتا الطائفتين بالمعارضه.

فح فلا مانع من الرجوع الى عموم ما دل على

جواز الرد بالعيب الّا مع احداث الحدث و هو روايتان:- إحداهما: حسنه زراره المتقدمه فإنها بعمومها تدل على الجواز لقوله عليه السلام أيما رجل، ألح.

و الثانيه: مرسله جميل بن دراج فإنهما تدلان على جواز الرد مع بقاء العين و عدم احداث الحدث فمفهوم الحسنه هو أن التصرف ما لم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۲۶

يحدث حدثا فى المتاع لا يوجب الرد و الخارج من المفهوم هو وطى المشترى الجاريه للروايات الداله على أن الوطى مانع من الرد و المفروض أنها ابتليت بالمعارضه فى صوره كون الجاريه حامله و سقطت كلتا الطائفتين فح نرجع الى هاتين الروايتين الدالتين على جواز الرد بالعيب مطلقا الا فى صوره إحداث الحدث.

و بالجمله فمقتضى الروايتين هو جواز الرد بالعيب مطلقا و عدم مانعيه التصرف عنه الا إذا كان موجبا لإحداث الحدث و قد خرج عن ذلک وطى الجاريه فإذا سقط دليله بالمعارضه فنرجع الى ذلک أيضا فنحكم بجواز الرد لهذا العموم فان قوله عليه السلام أيما رجل عام و أما لزوم العقر على المشترى فنثبت ذلک بعدم القول بالفصل، فافهم.

و هذا الذى ذكرناه غير ما ذكره المصنف على فرض التساقط فإنه ذكر أنه إذا تساقطت كلتا الطائفتين و وقعت الخدشه فى عموم ما دل على المنع عن الرد بمطلق التصرف وجب الرجوع الى أصاله جواز الرد الثابت قبل الوطى ثم اثبت لزوم العقر على المشترى بالإجماع المركب أما ما ذكره تقدير الخدشه فى عموم ما دل على مانعيه التصرف عن الرد، فهو مسلّم، لما عرفت من عدم الدليل على كون التصرف مانعا عن الرد، بل التلف أيضا كک، بل لم يلتزم به المصنف أيضا على إطلاقه و انما ذكر

کون التصرف مسقطا إذا کان کاشفا نوعیا عن الرضا بالعقد.

و أما إثبات الجواز بأصاله الجواز ثم إثبات العقر علی المشتری بعدم القول بالفصل فلا یمکن المساعده علیه فان التفکیک فی مفاد الأصول مما لیس بغریب فلا بعد من الالتزام بجواز الرد و مع ذلک لم نقل بثبوت العقر علی المشتری و ان کان فی الواقع بینهما تلازم فان الاستصحاب و ان کان له نظر الی الواقع أیضا، و لکن مع ذلک لا تترتب علیه الملازمات العقلیه و ان کانت

ثابته فی الواقع.

و من هنا ذکر المصنف فی کتاب الرسائل أنه لو توضأ أحد بماء أحد الإنائین المقطوع أحدهما بالنجاسه و توضأ غفله فإنه یحکم بطهاره بدنه لمکان استصحاب الطهاره و بقاء الحدث علی حاله لاستصحاب الحدث مع أنه نقطع بالملازمه بینهما فی الواقع و المقصود أن الملازمه الواقعیه لا- تقتضی القول بها فی مفاد الأصول ففی المقام أن جواز الرد و ان کان ثابتا بالأصل و لکن لا یترتب علیه عدم القول بالفصل بین جواز الرد و بین ثبوت العقر علی المشتری لعدم غرابه التفکیک بینهما.

و أما بناء علی ما ذکرناه فلا یجری ذلک لأن جواز الرد قد ثبت بالأصل اللفظی و بالروایه فلا محاله لا یمکن التخطی من لوازمه أیضا فیجوز إثبات کون العقر علی المشتری بعدم القول بالفصل.

ثم انه مما لا- بدّ من التنبیه علیه و هو أنه بناء علی حمل تلک الاخبار علی الحامل من غیر المولی کما اخترناه فلا فرق فیه بین البکر و الثیب حتی مع کون إزاله البکاره جنایه لأنه مع دلاله النص علی جواز الرد فلا مجال للمناقشه فی ذلک.

و أما مع

الإغماض عن ذلك و الحكم بالتساقط على التقريب الذی ذکرناه فلا بدّ من الفرق بين البكر و الثيب لأن الروايات التی رجعنا إليها بعد تساقط هاتين الطائفتين إنما دلت على جواز الرد مع عدم احداث الحدث و أما مع احداث الحدث فلا يجوز الرد و من الواضح جدا أن ازاله البكاره من البكر من أوضح أفراد احداث الحدث فلا يجوز الرد مع ذلك.

ثم انه ربما يقيد هذه الأخبار بكون الحمل من المولى بوجه سادس غير ما ذكره المصنف من الوجوه، و حاصله أن هذه الأخبار الداله على جواز الحامل بعد الوطى مطلق من حيث كون الواطى عالما بالحمل أو جاهلا به

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۲۸

و ح ان قلنا بعدم سقوط الرد بالوطى مع العلم بالحمل فهو بعيد، و ان قلنا بكون هذه الروايات مقيده بحال الجهل فهو تقييد بلا موجب و هذا بخلاف أن نحملها على الحمل من المولى فإنه ح تبقى الروايات على حالها من غير أن تكون مقيده بالعلم و الجهل فإنه سواء علم المشترى بكون الجاريه حاملا أو لم يعلم بها و وطئها فإنه يجب عليه ردّها و رد نصف العشر من قيمتها كما هو واضح و قد اشاره المصنف الى حكم الوطى مع العلم أو بدونه فی آخر كلامه من هذا بحث و قد أشار الى هذا الوجه المحقق الايروانى أيضا أقول يرد عليه أولا أن الروايات المطلقه من حيث جهل المشترى بالحمل أو علمه به ضعيفه السند فان هنا سته روايات أو سبعه ان كان ما ذكره فی الكافی بعنوان روى روايه مستقله و الصحاح منها و هی ثلاثه مقيده بجهل المشترى و ما لم يقيد به

ضعيف السند.

و ثانيا أن النسبه بين وطى الجاريه مع العلم بكونها حاملا و بين سقوط الرد بالوطى عموم من وجه فإنه قد يكون الواطى مع العلم به راضيا بالعقد فح يسقط الرد و قد يكون الرضا بالعقد بدون الوطى و قد يطئها و لكن ناسيا للحمل أو غفله عن ذلك أو مترددا فى أنه يفسخ أولا أو بانيا على أنه لا يفسخ ففى هذه الصور كلها لا يسقط الرد فان مجرد الوطى لا دليل على كونه مسقطا للردّ إلا-فى غير مورد الحمل للروايات المطلقه المقيده بهذه الروايات و اذن فلا دلاله فى وطى الجاريه مع العلم بحملها على الرضا بالعقد كما هو واضح.

فتحصل أن الظاهر هو كون هذه الأخبار ناظره الى ما ذهب اليه المشهور فلا-وجه لما ذهب إليه الإسكافى و تبعه جمله من الأعاظم و قربه المصنف بالوجوه المذكوره.

ثم انه يحكم بثبوت نصف عشر القيمه مطلقا سواء كانت الجاريه بكرا أم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۲۹

ثيبا أو يحكم بثبوت نصف العشر فى الثيب، و أما البكر فلا فيها من رد عشر القيمه فالمشهور بين الأصحاب، بل عن الانتصار دعوى الإجماع على اختصاص نصف العشر بالثيب، و عدم شمول ذلك للبكر إذا كانت حاملا بالسحق أو بالوطى من الدبر، أو نحو ذلك، و لكن ذكر المصنف الا أن يدعى انصراف إطلاق الفتاوى و معقد الإجماع كالنصوص الى الغالب من كون الحامل ثيبا فلا يشمل فرض البكر بالسحق أو بوطى الدبر، و لذا ادعى عدم الخلاف فى السرائر على اختصاص نصف العشر بالثيب و ثبوت العشر فى البكر ثم ذكر بل معقد إجماع الغنيه بعد التأمل موافق للسرائر إلخ.

أقول: لا مدرك لما

ذكره فی السرائر من ثبوت نصف عشر القیمه فی الثیب و عشر القیمه فی البکر إلاـ مرسله الکافی من أنه ان کانت بکرا فعشر قیمتها و ان کانت ثیبا فنصف عشر قیمتها، و ان قلنا بکون الشهره جابره لضعف الروایه صغری و کبری ان قلنا بکون المشهور مستندا فی فتیاهم علی نصف عشر القیمه فی الثیب و عشر القیمه فی البکر الی هذه الروایه و قلنا بکون الشهره جابره لضعف الروایه فلا بأس لکونها مستندا للتفصیل، و لکن ذلک ممنوع صغری و کبری.

و أما ما ورد فی روایه عبد الرحمن بن أبی عبد اللّه، عن الصادق علیه السلام اللّه: من أنه یرد الجاریه و یرد معها شیئا غیر مناف لإعطاء نصف عشر القیمه لإمکان انطباق الشی ء علیه علی أن المظنون أن الروایه ضعیفه السند.

و أما ما فی روایه عبد الملک بن عمرو عن ابی عبد اللّه علیه السلام فی رجل یشتری الجاریه و هی حبلی فیطأها، قال: یردها و یرد عشر قیمتها، فهی أیضا لا تدل علی وجوب رد عشر القیمه فی البکر، لأنها أولا ضعیفه السند و ثانیا أن حملها علی البکر حمل للمطلق علی المورد النادر فان کون

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۱۳۰

البکر حاملاـ بالسحق أو بالوطی بالدبر، لا یتفق الا نادرا و لعله لم یتفق الی الآن إلا مره أو مرتین، فلا یمکن حمل المطلق علی مثل هذا الفرد النادر و ح إبقائها علی إطلاقها یقتضی المعارضه مع الروایات الکثیره فلا بدّ من تقدیمها علی هذه الروایه لکونها مشهوره فإن نصف العشر قد رواها المشهور بخلاف عشر القیمه.

و من هنا ذکر بعضهم أنه سقط منها لفظ النصف قبل کلمه عشر

قيمتها و أنها كسائر الروايات من حيث المفاد، بل قيل أن الصدوق ردها مع اضافه كلمه نصف قبل كلمه عشر، و أما ما فى صحيحه محمد بن مسلم من أنه يرد الجاريه و يكسوها فحمل الكسوه على كونها مساويه لنصف عشر القيمه كما صنعه المصنف بعيد و حمل بلا موجب، بل الصحيح أن يقال أنه أحد أفراد الواجب المخير فيكون المشترى مخيرا بين ردّ نصف عشر القيمه و إعطاء الكسوه لكون الروايه صحيحه من حيث السند، و واضحه الدلاله فلا وجه لرفع اليد عنها و حملها على شى ء آخر كما إذا ورد وجوب الإتمام فى مورد و ورد فيه أيضا تعين القصر فحيث انه قامت الضروره على عدم وجوب صلاتين فى يوم واحد فنرفع اليد عن كون الأمر ظاهر فى التعين فيهما فنحملهما على التخيير.

و دعوى أن ازاله البكر أمر آخر وراء الوطى، بل قد عرفت أنها جنايه فكيف يمكن الحكم باتحادهما فى ردها و الرد معها نصف عشر القيمه.

دعوى فاسده لأنه يختلف نصف عشر القيمه فى الثيب مع نصف عشرها فى البكر حيث ان قيمه البكر أكثر من الثيب فإذا رد معها إلى البائع نصف عشر قيمتها تنجبر معه جنايه البكر و أرش إزاله البكاره مثلا إذا كانت قيمه الثيب عشرين و قيمه البكر خمسين فيكون نصف العشر فى الثيب دينار و فى البكر دينارين و نصف، فيكون التفاوت بينهما تفاوتا بين وطى الثيب و وطى البكر و ازاله بكارتها.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۳۱

ثم انه هل يشمل الوطى فى الدبر أيضا أم لا؟ فقد توقف المصنف فى ذلك من حيث ان إطلاق الوطى يشمله فيجوز ردّها مع وطئها فى دبرها أيضا و

من حيث انه يمكن دعوى انصرافه إلى الوطى المتعارف فيقتصر فى مخالفه العمومات على ظاهر اللفظ فلا يجوز ردها بعد الوطى فى دبرها و لكن الظاهر أنه لا وجه لتوقف المصنف سواء قلنا بشمول الإطلاقات له أو قلنا بانصرافها عنه و ذلك.

أما بناء على شمول الإطلاق له فواضح.

و أما بناء على انصراف لفظ الوطى عنه و عدم شمول الإطلاق له فمن جهه أنه لا يكون ح مشمولا لما دل على عدم جواز الرد بالوطى أيضا فكلمه الوطى فى كلا الموردين قد استعملت على نسق واحد فلا وجه لدعوى شموله للوطى فى الدبر فى تلك الأخبار و عدم شموله له فى هذه الأخبار و قد ذكرنا سابقا أن الوطى بما هو وطى ليس إحداثا للحدث حتى يمنع عن الرد كما هو واضح فعلى كل حال فلا وجه لدعوى أن الوطى فى الدبر يمنع عن رد الجاريه.

و أما اللمس و التقبيل و نحوهما من مقدمات الوطى فلا ينبغى التعرض لها أصلا فإن من الواضح جدا أن الوطى لا يخلو عن تلك المقدمات إلا إذا كان الواطى حيوان فالملازمه العاديه تقتضى عدم الانفكاك بينهما و إذا فالنص الدال على جواز ردّ الحامل بعد الوطى يدل على جواز ردّها مع وقوع هذه المقدمات عليه بتلك الملازمه العاديه فلا نحتاج ح الى دعوى الأولويه أصلا.

ثم انه لو انضم الى الحمل عيب آخر فقد استشكل فى سقوط الرد بالوطى هنا من صدق كونها معيبه بالحمل و كونها معيبه بغيره فأجاب عنه المصنف (ره) بأن كونها معيبه بغير الحمل لا يقتضى إلا عدم تأثير ذلك العيب فى

الرد مع التصرف لا نفى تأثير عيب الحمل.

و بعباره

أخرى أن سقوط الرد بالوطى للمطلقات من ناحيه العيب الذى غير الحمل لا يقتضى سقوط الرد من ناحيه العيب الآخر الذى هو الحمل بل يجوز الرد لهذا فإنه يصدق ح أنها جاريه حامل وطئها المشترى فلا تنافى بين سقوط الرد لعيب و بقاء حق الرد لعيب آخر كما لا يخفى فافهم.

قوله الرابع: من المسقطات حدوث عيب عند المشتري

اشاره

أقول: ذكر المصنف أن حدوث العيب فى المبيع قد يكون قبل القبض و قد يكون بعده و ما كان بعده قد يكون فى زمن الخيار للمشترى و قد يكون بعده، فقال ان مورد البحث هنا هو العيب الحادث بعد القبض و بعد مضى زمان الخيار أى خيار الحيوان و الشرط و المجلس بناء على الحاقه بهما فان ذلك يوجب سقوط حق الرد و عدم جواز رده على البائع لكونه إحداثا للحدث و أما إذا كان قبل القبض أو بعده و لكن فى زمن الخيار فلا يكون مسقطا للردّ.

أما الأول: فلعدم الخلاف فى أنه كالعيب الحادث قبل العقد حتى فى ثبوت الأرش كما يذكر فى أحكام القبض.

و أما الثانى: فلعدم الخلاف فى أنه غير مانع عن الرد، بل هو سبب مستقل موجب للردّ، بل الأرش أيضا على الخلاف السابق فيما قبل القبض أقول: ان قلنا بأن نفس حدوث العيب بعد البيع و قبل القبض أو بعد القبض و لكن فى زمن الخيار فلا شبهه فى أن هذا العيب الحادث لا يوجب سقوط الردّ، فان هذا كحدوث العيب قبل العقد سبب مستقل الجواز الرد فلا يكون موجبا للسقوط، بل مع وجود عيب آخر قبل العقد يكون هذا مؤكدا لجواز الردّ فكيف بالسقوط كما هو واضح. و على هذا فلا يكون الجزء المتقدم الدال على سقوط الرد

باحداث الحدث شاملا للمقام.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۳۳

و لكن التحقيق هو التفصيل فى المسأله بأن نقول ان حدوث العيب بعد العقد ان كان قبل القبض فلا يكون مانعا عن الردّ و أما إذا كان بعد القبض كان مانعا عن الردّ، و ان كان فى زمن الخيار و ان كان الضمان على البائع و ذلك لأن روايه زراره دلت على أن من أحدث فى المبيع بعد ما قبضه ليس له أن يردّه فتدل هذه الروايه على عدم جواز الردّ بعد القبض و أما قبل القبض فلا.

نعم يكون الضمان على البائع بمقتضى الدليل الدال على أن العيب و التلف قبل القبض من البائع و بمقتضى الدليل الدال على أن العيب فى زمان خيار الحيوان و الشرط و المجلس إلحاقا له بهما من البائع و دعوى الملازمه بين كون الضمان على البائع و بين جواز الردّ كما فى المتن دعوى لا يمكن تصديقها كما ذكرناه فان ثبوت الضمان بقاعده أن التلف قبل القبض أو فى زمن خيار الحيوان و الشرط و المجلس إلحاقا من البائع و جواز الردّ قبل القبض و عدم جوازه بعده فمن جهه روايه زراره و مرسله جميل الداله على عدم سقوط الردّ مع قيام العين و سقوطه مع عدم قيامها على حالها فلا تنافى بينهما كما لا يخفى.

ثم ان هذا الذى ذكرناه من البحث تطفلى من جهه و استقلالى من جهه أخرى من جهه أنه يجوز الردّ بعد حدوث العيب قبل القبض أو بعده فى زمن الخيار أو بعد زمان الخيار فالبحث استقلالى فمن جهه أن الضمان على البائع أولا فالبحث تطفلى فإنه يأتى فى أحكام الخيار و أحكام القبض و انما

المهم الذی عقد له البحث هنا هو أن التعیب فی زمان الخیار هل یبقی حکمه اعنی الضمان بعد زمان الخیار أم لا؟

و حاصل الکلام: أن مورد بحثنا هو حدوث العیب فی المبیع المعیوب عند المشتری و أنه هل یکون مانعا عن الردّ أو لم یکن ککک سواء کان قبل

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۱۳۴

القبض أو بعده فی زمان الخیار أو بعد زمان الخیار فذکر المصنف أن مورد بحثنا هو حدوث العیب فی المبیع الذی کان معیوبا عند المشتری هو حدوث العیب بعد زمان الخیار و أنه هل یکون مانعا عن الردّ بالعیب السابق أولا و أما حدوث العیب قبل القبض و بعد البیع أو فی زمان الخیار فلا شبهه فی عدم کونه مانعا عن الردّ

تفصیل الکلام هنا یقع فی جهتین:-

الاولی: أن العیب الحادث بعد زمان البیع و قبل القبض

أو فی زمان الخیار و بعد القبض أو بعدهما هل یکون موجبا لحدوث الخیار الأخر غیر خیار الثابت بالعیب الحادث قبل البیع عند البائع أم لا؟

و الجهه الثانیه فی أن العیب الحادث بعد البیع و قبل القبض أو بعده و فی زمان الخیار أو بعده هل یکون مانعا عن الردّ بالعیب السابق علی العقد أم لا یکون ککک و الظاهر المشهور بل المجمع علیه أنه لا یجوز الردّ بالعیب الحادث عند المشتری و انما له مطالبه الأرش فقط کما هو ظاهر و المدرک لذلک مرسله جمیل المتقدمه الداله علی عدم جواز الردّ مع عدم بقاء العین بعینها و من الواضح أن حدوث العیب یوجب عدم بقاء العین علی حالها.

و تدل علی ذلک أیضا روایه زراره التی هی العمده فی المقام فانا ذکرنا أن قوله علیه السلام أحدث کنایه عن حدوث الحدث فی الحیوان بأی نحو کان و

ان لـم يكـن باختيـار من المشـترى أو بفعله، بـل صـدر منه الحـدث فى حـال الغفله أو عن الغير إذ لاـ خصوصـيه فى حـدوثه من المشترى بحيث يستند الحـدث إليه فى حال اختيار فتـدل الروايه على مانعيه إحـداث الحـدث فى يد المشترى بأى نحو كان عن الرد فى الجمله كما هو واضح.

و انما الكلام فى أن حـدوث العيب بعـد البيع و قبل القبض أو بعـد القبض و فى زمان الخيار، هل يكون سـببا لحدوث الخيار أو مانعا عن الردّ

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۳۵

أم لا؟

فنقول ان مرسله جميل و ان كانت مطلقه بالنسبه الى بعد البيع مطلقا و انها دلت على عدم جواز الردّ بالعيب الحادث بعد العقد و لكن العمـده فى المقـام هى روايه زراره و هى دلت على جواز الردّ بـالعيب الحادث قبل القبض و بعـد العقـد للعيب السابق على العقد و أن حدث هنا عيب أيضا و أنه لا تمنع عن الردّ بالعيب السابق.

و على الجمله أن مقتضـى القاعـده و مقتضـى روايه جميـل و ان كان هو مانعيه العيب الحادث بعـد العقـد و قبل القبض عن الردّ بـالعيب السـابق و الخيـار بنفس هـذا العيب الحـادث بعـد العقـد و قبل القبض و لكن مقتضـى روايه زراره هو عـدم مانعيه العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض عن الردّ بالعيب السابق على العقد.

و أما إذا حدث العيب بعد القبض و فى زمان الخيار فهل يكون ذلک مانعا عن الردّ بالعيب السابق على العقد أم لا.

فنقول: ان الظاهر و ان كان عدم ثبوت الملازمه العقليه بين كون العيب الحادث فى زمان الخيار سببا للخيار و بين كونه مانعا عن الردّ بـالعيب السـابق و أن احـدى الجهتين غير مربوطه بـالجهه الأـخرى عقلاـ الاـ أن مقتضـى الفهم العرفى و الارتكاز العرفى هو ثبوت الملازمه بين كون العيب

الحادث قبل القبض و بعد العقد أو بعد القبض و فی زمان الخيار بنفسه سببا للخيار و غير مانع عن الردّ بالعيب السابق بأن يكون مؤكدا له و بين عدم كونه سببا للخيار و مانعا عن الردّ بالعيب السابق و ان قلنا فی المسأله الاولی أعنی مانعيه العيب عن الردّ فی صوره حدوث العيب قبل القبض و بعد العقد من جهه روايه زراره كما هو واضح.

و تظهر الثمره بين كون العيب الحادث فی زمان الخيار أو قبل القبض

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۳۶

بنفسه سببا للخيار أولا هو أنه بناء علی كونه بنفسه سببا للخيار و مانعا عن الرد بالعيب السابق و بين عدم مانعيته هو أنه لو أسقط المشتری خياره الثانی يبقی خياره الأول، أی الحاصل بسبب العيب الأول و الا فلا خيار له أصلا.

و حيث ان العرف يفهم الملازمه بين كون حدوث العيب فی زمان الخيار أو قبل القبض سببا للخيار و بين عدم كونه مانعا عن الرد فلا بدّ من التكلم فی الجهه الأخری و هی أن حدوث العيب هل يكون سببا لثبوت الخيار أم لا؟

فنقول انه قد ثبت فی الشريعه المقدسه أن التلف أو العيب قبل القبض يكون من مال البائع فهذا المعنی يتصور علی وجوه:- الأول: أن يكون المراد من كون ضمانه عليه أن دركه عليه بأن يخرج البائع عن عهده ضمان المال حين التلف علی النحو الذی تلف أی علی القيمه التی تلف عليها مثلا، إذا كان المال حين التلف يساوی بعشره دنانير فيكون ذلك من البائع و هذا المعنی بديهی البطلان فان لازم ذلك أن يكون أضعاف قيمه المبيع علی البائع فی بعض الأحيان كما إذا باع

المتاع بقيمه رخيص أو ترقت قيمه السوقيه و هذا لم يلتزم به أحد، بل لم يحتمله أحد على ما نعلم.

الثانى: أن المراد من كون الضـمان قبل القبض أو فى زمن الخيار أى خيار الحيوان و الشـرط بالأصاله كما تقدم و خيار المجلس بالإلحاق هو كون عهـده المال من التلف و التعيب على البائع كما كان له قبل البيع فح كان للقول بكون العيب موجبا لجواز الرد له وجه وجيه، و لكن لا دليـل على تنزيـل العيب فى زمن الخيار أو قبل القبض على التعيّب قبل العقـد بحيث يكون هـذا مثله بل الظاهر هو الوجه الثالث و هو ان يكون ضمان العيب و التلف

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۳۷

فى زمن الخيـار و قبـل القبض على البـائع بمعنى أن يفرض البيع كلا بيع و كـأنه لم يكن هنـا بيع و التعيب و التلف انما كان فى ملك البائع و على هـذا فان تلف المبيع ينفسخ البيع من أصـله و الا فكان له مطالبه ضـمانه و هو الأرش أى يطلب من البائع جزء من الثمن و أما جواز الرد فلا يستفاد من هذا القاعده نعم ثبت بروايه زراره جواز الرد أيضا قبل القبض.

و الحاصـل: أنه لا دليل على جواز الرد بعـد تعيب المبيع إلا إذا كان ذلك قبل القبض و بعـد البيع و أما فى غير هـذه الصور فلم يثبت الردّ بل لا شى ء على البائع أصلا كما إذا كان التعيب بعد انقضاء الخيار أو عليه إعطاء الأرش كما إذا كان التعيب فى زمن الخيار كما هو واضح.

قوله: و المراد بالعيب هنا مجرد النقص لا خصوص ما يوجب الأرش فيعم عيب الشركه،

أقول: قد ذكر المصنف أن المراد بالعيب هنا مجرد النقص فإذا حدث نقص فى المبيع يكون مانعا عن

الرد بالعيب السابق و هذا يشمل كلما يكون موجبا لنقص الماليه كنسينا العبد الطحن أو الخياطه و نحو ذلك لا خصوص العيب و النقص الذى يكون موجبا للأرش فقط كزوال وصف الصحه.

أقول: قد عرفت أنه لم يرد فى روايات الباب لفظ العيب حتى نجمد فى ظهوره و صدقه، بل المدرك لما نحن فيه انما هو روايه زراره أو مرسله الجميل فالمذكور فى الاولى هو أن احداث الحدث مانع عن الردّ و المذكور فى الثانيه هو أن عدم قيام العين بعينها مانع عن الرد صدق شى ء من أحد هذين العوانين فلا يجوز الردّ بالعيب السابق، بل يطالب المشترى من البائع الأرش و الا فجاز الرد سواء صدق عليه لفظ العيب أم لم يصدق، فإنه على كل تقدير ليس مناطا للحكم فى المقام و على هذا فلا شبهه فى شمول الروايتين لما حدث فيه عيب، كما إذا اشترى عبدا كان أعمى و صار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۳۸

أخرس عند المشترى أو أعرج فإنه لا يجوز ح الرد بالعيب السابق، فان ذلك من أظهر أفراد إحداث الحدث و كك من أظهر أفراد عدم قيام العين بعينها و هذا لا كلام فيه.

و أما إذا كان الناقص عند المشترى هو وصف الكمال الذى له دخل فى زياده الماليه كما إذا كان العبد خياطا فزال عنه وصف الخياطه أو كان كاتبا فزال عنه صفه الكتابه و هكذا أو أشترى دابه كانت تحسن الطحن فنسيت ذلك ففى هذه الصوره و ان كان يصدق على العين أنها قائمه بعينها و لكنه يصدق عليه أنه حدث فيه حدث فإنه أى حدث أعظم من الجهل و من النسيان، فيكون ذلك مشمولا لروايه زراره

و ان لم يكن هـذا الحـدث بغير اختيار من المشترى على ما ذكرناه من أن أحـدث كنايه عن حـدوث الحـدث فى المبيع و ان لم يكن باختيار من المشترى كما لا يخفى.

بل يمكن الاسـتدلال على ذلك بمرسـله الجميل أيضا فإن قيام العين و ان لم يناف بظاهره مجرد نقص الأوصاف كما اعترف به بعضـهم فى مسـأله تقـديم قول البائع فى قـدر الثمن مع قيام العين الا أن الظاهر من التمثيل لعـدم قيام العين بمثل الصـبغ و خياطه الثوب يعلم أن المراد من عـدم قيـام العين هو مطلق حـدوث الحـدث و ان لم يكن نقصا موجبا لعـدم بقاء العين على ما هو عليه، فـان مجرد صـبغ الثوب و خيـاطته ليس موجبـا لنقصان العين بل ربما يزيـد قيمه الثوب، و لكن من حيث أن الثوب بعـد الصـبغ و الخيـاطه لا يكون قابلا لصـبغ آخر و خياطه أخرى يكون حـدثا و موجبا للنقص و من هـذا القبيل الوصف الكمال الـذى يكون موجبا لزياده القيمه عند بعض و لكن يوجب النقص عند نوع الناس كطحن الحنطه فإن الطحن صفه كمال و توجب زياده القيمه أيضا و مع ذلك الوصف لا يصـدق قيام العين بعينها فيكون مانعا عن الرد لكونه موجبا لعـدم رغبه نوع الناس اليه كالتجار فإنهم يرغبون فى شرائهم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۳۹

للتجاره الحنطه دون الطحن لعدم بقاء الطحن مده مديده بخلاف الحنطه فلا يجوز رد العين معه أيضا.

و على الجمل فالمناط فى عـدم جواز رد العين بالعيب السابق هو احـداث الحـدث و عـدم قيام العين بعينها و ان لم يكن الحدث عيبا و موجبا لنقصان الماليه أما الأول بنص روايه زراره و أما الثانى

فبقرينه التمثيل بالصبغ و الخياطه الذى ليسا من قبيل ما يوجب عدم قيام العين بعينها عرفا.

و لكن الـذى ينبغى أن يقال انا لا نعقل حدوث زوال وصف الكمال فى المبيع و مع ذلك لا يكون سـببا لنقص الماليه و أما مثل الشـركه التى مثل بها المصنف فسيأتى الكلام فيها و عليه فإذا زال وصف الكمال يكون موجبا لنقصان الماليه أيضا فيكون ذلك مانعا عن الردّ من جهه صـدق احـداث الحـدث عليه و عدم قيام المال بعينها الذى أعم من حدوث تغيّر فى العين أو حدوث تغيّر فى الوصف على ما استفداه من التمثيل بالصبغ و الخياطه.

و أمـا توهّم أن وصف الكمـال لا يقابل بالمال و أما وصف الصـحه فيقابل بالمال، فيثبت الأرش فى الثانى دون الأول، كما أشار إليه المصـنف فيما يأتى فى جواب العلامه فقد تقدم الكلام فى ذلك مفصـلا و قلنا ان مطلق الأوصاف و ان كانت موجبه لزياده المـاليه فى العين و لكن شـى ء منهـا لا يقابل بالمال، فلا يقال أن العين قيمتها كـذا و قيمه بياضـها كـذا، كما لا يخفى، و من هنا ظهر حكم الوصف الذى ليس بوصف صحه و لا وصف كمال فزواله لا يوجب المنع عن الرد بالعيب السابق لعدم صدق احداث الحدث على زواله و عدم صدق عدم قيام العين بعينها مع انتفائه كما هو واضح.

و إذا كـان التغير بزيـاده وصف الكمـال فى المبيع بـأن كـان العبـد كاتبـا أو عالمـا ورعا أو خياطا فإنه لا شـبهه فى جواز الرد هنا بالعيب السابق و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۴۰

لا يكون حدوث ذلك مانعا عن الرد بالعيب السابق فان هذا لا يوجب عدم قيام العين بعينها الذى

ذکر فی مرسله الجمیل و لیس ذلک أیضا نقصا فی العین فان الظاهر من احداث الحدث المذکور فی روایه زراره هو أن یکون الحدث موجبا لنقص کما هو الظاهر منها بمناسبه الحکم و الموضوع أیضا و أما ما یکون وصفا للکمال فلا یکون ذلک نقصا کما هو واضح.

و علی الجمله: إذا اشتری المشتری متاعا فوجدها معیوبا بعیب قبل العقد و مع ذلک حدث عنده حدث، و هذا یکون علی أقسام:– الأول: أن یحدث فی العین عیب عنده و زال عنها وصف الصحه کما إذا کان العبد أعمی و صار أخرس، و هذا لا شبهه فی کونه مانعا عن الرد بالعیب السابق و ینتقل إلی الأرش.

الثانی: أن یکون الحدث نقصان وصف کمال بحیث لا یوجب نقصان المالیه و لا یستلزم الأرش علی ما ذکره المصنف، و قد ذکرنا عدم معقولیه ذلک، و علی تقدیر تعقله فلا یکون ذلک مانعا عن الرد.

الثالث: أن یکون الحادث وصفا و لکن وصف کمال عند بعض و موجبا للنقص عند نوع الناس، کطحن الحنطه فإن الطحن إذا کان قلیلا فهو یوجب المزیه و أما فی الکثیر بحیث یکون من أمتعه التجاره فهو نقص فلا یرغب به التجار کما یرغبون الحنطه.

الرابع: أن یکون الزائل وصف کمال، کنسیان العبد وصف الکتابه و نسیان الدابه الطحن فلا شبهه فی کون ذلک مانعا عن الرد أیضا کما تقدم الخامس: أن یکون الحدث وصفا لا یوجب زوال وصف الکمال و لا زوال وصف الصحه، بأن لا یکون دخیلا فی المالیه بوجه و هذا أیضا لا یمنع عن الرد.

السادس: أن یکون الحادث وصف کمال فقد عرفت عدم مانعیه ذلک

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۱۴۱

أیضا عن

الرد بـالعيب السـابق كمـا هو واضـح و لا يفرق فى ذلـك بين كون الحادث وصـفا خارجيا أو معنويا و من جميع ما ذكرناه ظهر الجواب عمـا ذكره العلامه فى التـذكره من جعل مـدرك الحكم دليل لا ضـرر و أن تحمل البائع النقص الحاصل فى يـده ليس بـأولى من تحمـل المشترى لما حـدث عنـده من العيب فإنه يرد عليه مضافا الى عـدم كون المـدرك هو لا ضـرر، بل النص كما تقدم و أنه من الوجوه الاستثنائيه ما ذكره المصنف، فراجع.

قوله: ثم مقتضى الأصل عدم الفرق فى سقوط الخيار بين بقاء العيب الحادث و زواله.

أقول: وقع الخلاف فى أنه إذا زال العيب الحـادث فى ملـك المشترى هـل يمنع ذلـك من الرد بـالعيب السابق أو لا يمنع؟ و قد اختلف كلمـات العلامه فى كتـابيه، فـذكر فى التـذكره عنـدنا أن العيب المتجـدد مانع عن الردّ بالعيب السابق سواء زال أم لا؟ و لكن ذكر فى التحرير لو زال العيب الحادث عنـد المشترى و لم يكن بسـببه كان له الردّ و الأرش عليه، و ذكر المصـنف (ره) أن مقتضـى الأصـل هـو عـدم الفرق فى سـقوط الخيـار بين بقـاء العيب و زواله فلا يثبت الخيـار بعـد زواله، و مراده من الأصـل هو الاستصحاب فان الزوم قد ثبت باحداث الحدث فزواله يحتاج الى دليل فنستصحب اللزوم و عدم الخيار.

أقول: ان كان المدرك لسـقوط الرد هو روايه زراره كما بنينا عليه فلا شبهه فى سقوط الردّ و عدم عوده بزوال العيب، و ان كان المدرك لذلك هو مرسله جميل أو هى مع روايه زراره فيعود جواز الردّ بزوال العيب.

و توضـيح ذلك أن روايه زراره إنما دلت على اللزوم و عـدم الرد باحـداث الحـدث و من الواضح ان إطلاق ذلك محكم حتى بعد زوال العيب.

و دعوى انصرافها

إلى صوره بقاء الحدث فاسده فإن ذلك انما يتم إذا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۴۲

استدللنا بها بكلمه أحدث بما أنه فعل ماض، و قلنا بأنه إذا ارتفع العيب يكشف ذلك أن الخيار من الأول لم يرتفع فان المنصرف من أحدث هو أن يكون الحدث حين الرد موجودا و أن البائع لا يأخذ ماله على النحو الذى أعطاه للمشترى كما تقدم ذلك سابقا و أما إذا لم يكن موجودا فلا يوجب السقوط و لكن لا نقول هنا هكذا، بل نقول أن مقتضى الروايه هو اللزوم بمجرد احداث الحدث و إطلاقها عدم الفرق بين الزوال و البقاء فنأخذ بإطلاقها و نحكم باللزوم على وجه الإطلاق كما هو واضح، و أما إذا قلنا بأن المدرك لعدم جواز الرد بالعيب السابق بما حدث عند المشترى من العيب.

فح نقول أن المدار ح هو صدق بقاء العين عند الرد و من الواضح أنه يصدق على العين أنها باقيه إذا تعيّبت و زوال عنها العيب و على هذا فلا يسقط الخيار إذا تعيّبت العين و زال عنها حين الرد بناء على كون المدرك هى المرسله.

و أما إذا كان المدرك هو المرسله مع روايه زراره فلأن مرسله جميل دلت على جواز الرد مع بقاء العين سواء حدث فيها حدث ثم زاله عنها الحدث أم لا، بل كانت العين باقيه على حالها لصدق بقاء العين عرفا ح و ان لم يصدق عليها البقاء بالدقه العقليه و روايه زراره إنما دلت على جواز الردّ باحداث الحدث مطلقا سواء زال عنها الحدث أم لم يزل فالنسبه بينهما هى العموم من وجه فتقع المعارضه بينهما فيما إذا حدث فى العين حدث فزال عنها ذلك، فان

مقتضی المرسله هو جواز الرد و مقتضی روایه زراره هو عدم جواز ذلک فتسقطان فی مورد المعارضه فیرجع الی عموم ما دل جواز الرد بالعیب السابق و لکن هذا الکلام هنا مبنی علی مسأله أصولیه و هی أن أدله حجیه الخبر الواحد هل تشمل مثل مرسله جمیل و ابن أبی عمیر و نحوهما التی قیل ان مراسیل هؤلاء مثل الروایات الصحیح و ادّعوا الإجماع

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۱۴۳

علی صحه ما یصح عن هؤلاء، و إذا وصل أسند إلی هؤلاء سقط السؤال عن کیفیه السند هل یحکم بصحه روایتهم و ان کانت مرسله و ان اعبر صاحب الحدائق عن مرسله جمیل بالصحیحیه و علی هذا المبنی تقع المعارضه المذکوره فمقتضی القاعده هو الذی حققناه، و لکن ذکرنا فی الجزء الأول أنه لا دلیل علی حجیه مراسیل هؤلاء و الإجماع الذی ادعوه لا نقطع بتحققه و لا بحجیه إذ لا نعلم أن الواقع بین هؤلاء و بین الامام علیه السلام اشخاص موثقین کما هو واضح.

و علی هذا فالمدرک ینحصر بروایه زراره و ما ذکرناه من ثمره تلک الکبری الکلیه الأصولیه.

ثم إذا کان الحدث مانعا عن الردّ فهل یجوز رده مع رضی البائع بالردّ اما مع الأرش أو بدونه أم لا یجوز؟

فنقول: ان المشهور هو کون المشتری مخیرا بین أمور ثلاثه: الردّ و الإمضاء مطلقا، أو مع الأرش و أن هذا التخییر ابتدائی و لکن قد ذکرنا سابقا أن الظاهر من الروایه روایه زراره هو أن التخییر بدوا و انما هو بین الردّ و الإمضاء و مع سقوط الرد فیثبت له الأرش فللمشتری ح مطالبه الأرش فقط، لیس الا و قد حملنا علی ذلک فیما سبق عباره المبسوط حیث التزم بثبوت الأرش مع الیأس عن الردّ و قلنا أن ما أشکل علیه المصنف من أن

الإطلاق يدفع ما ذكر فی المبسوط و قلنا هناک انه لا إطلاق هنا حتی ينافيه و لکن الظاهر أن ما ذکره المصنف صحيح حيث ان إطلاق روايه زراره الداله علی اللزوم بمجرّد احداث الحدث مطلقا محکم فيکون دافعا لما ذکره فی المبسوط إذ بناء علی الأخذ بالإطلاق أنه لا يجوز الرد مع احداث الحدث بل تصل النوبه إلی الأرش و لکن مع رضائه البائع بالرد جاز الرد لا من جهه الروايه، بل لکونه اقاله لجوازها.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۱۴۴

و أما مع عدم رضاء المشتری بالرد حتی مع عدم الأرش لما أحدثه من الحدث فلا ملزم للردّ، بل تصل النوبه إلی الأرش و أما بناء علی ما ذکره الشيخ فی المبسوط فلا تصل النوبه إلی الأرش مع رضی البائع بالردّ مع الأرش بما أحدثه المشتری أو بدونه إذ لم يحصل اليأس من الرد بعد حتی تصل النوبه إلی الأرش.

و علی الجمله بناء علی الأخذ بإطلاق روايه زراره لا يجوز للمشتری أن يردّ المبيع مع احداث الحدث و تصل النوبه إلی الأرش، و أما مع رضاء البائع بالردّ و رضاء المشتری بذلک فلا شبهه فی جوازه لکون ذلک مثل الإقاله فلا يحتاج إلی روايه و لکن للمشتری أن يرضی بذلک و أن لا يرض و يطالب الأرش و لکن بناء علی قول المبسوط فلا تصل النوبه إلی الأرش لعدم يأس المشتری عن الردّ ثم إذا رض البائع بالرد مع الأرش فيرض المشتری أيضا بذلک فلا بدّ له من رده علی البائع و هذا الأرش غير الأرش الذی لزم ردّه للبائع علی المشتری فإنه هو التفاوت بين الصحيح و المعيب و الردّ من الثمن بذلک التفاوت

فهـذا الأـرش لاـزم بالضـمان المعاملى و هـذا بخلاف الأرش الـذى وجب للمشترى ردّه على البائع فإنه انما ثبت بضـمان اليـد و الأرش هنا هو للتفاوت فيما بين الصحيح و المعيب بالقيمه الفعليه، سواء ترقت العين عن القيمه الأولى أم لا؟ كما هو واضح.

قوله تنبه: ظاهر التذكره و الدروس أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقه.

أقـول: ذكر المصـنف أن توضـيح المقـام هـو أن التعـدد المتصـور فيه التبعض امـا فى العـوض ثمنـا أو مثمنـا أو فى البـائع أو فى المشترى، ثم ذكر أمثله ذلك ثم قال أما التعدد فى الثمن بأن يشترى شـيئا واحدا بعضه بثمن و بعضه الآخر بثمن آخر فلا إشكال فى كون هذا عقدين و لا إشكال فى جواز

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۴۵

التفريق بينهمـا أمـا الأـول أى التبعض فى العوض فـالمعروف أنه لاـ يجوز التبعيض فيه من حيث الرد، بـل الظاهر المصـرح به فى كلمـات بعض الإجمـاع عليه و ذكر فى إبـداء المنع عن ذلـك بـأن المردود ان كان جزء مشاعا من المبيع الواحـد فهو ناقص من حيث حـدوث الشـركه و ان كـان معينـا فهو نـاقص من حيث حـدوث التفريق فيه و كل منهما نقص يوجب الخيار لو حـدث فى المبيع الصحيح.

و تفصـيل المقام أن المبيع قد يكون شـيئا واحدا شخصيا بالدقه العقليه مع كون جزء منه معيبا كما إذا اشترى عبدا فظهر أن رجله معيوب أو يكون المبيع واحـدا شخصـيا بالنظر العرفى و ان كان فى الواقع أمورا متعـدده كما إذا كان المبيع دارا فإنها و ان كانت متعـدده حقيقه و مركبه من عـده أمور و لكنها واحـده بالنظر العرفى الاعتبارى و كان جزء منها معيوبا من قبته أو سـردا به و نحو ذلك و الظاهر أنه لا خلاف فى عدم

جواز فسخ العقد فی الجزء المعیب فقط و الإمضاء فی الجزء الآخر الصحیح و ما ربما یظهر من المصنف وجود الخلاف فی ذلک حیث عبر بالمعروف ثم ذکر إبداء المانع عنه الظاهر أنه لا یمکن المساعده علیه.

و الحاصل: إذا کان المبیع واحدا حقیقیا أو واحدا عرفیا فظهر جزء منه معیبا فلا شبهه فی عدم جواز الفسخ فی الجزء المعیب، بل ان کان یفسخ فإنما یفسخ فی المجموع لکون مجموعه مبیعا واحدا و إذا لم یفسخ لم یفسخ فی المجموع أیضا هذه هی المسأله الاولی و لا یفرق فی ذلک بین أن یکون المردود جزء مشاعا أو جزء معینا فإنه لا دلیل علی رد جزء من المبیع.

الثانیه: أن یشتری شیئا واحدا ببیعین کما إذا اشتری نصفا معینا من الدار بقیمه ثم اشتری نصفها الآخر بقیمه أخری ثم وجد عیبا فی أحد

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۱۴۶

النصفین فهل یجوز تسریه خیار العیب الی الثانی أولا فالظاهر أنه لم یخالف أحد فی أنه لا یجوز فسخ العقدین بظهور العیب فی متعلق أحدهما فإن کل منهما عقد مستقل غیر مربوط بالآخر فإذا أراد الفسخ لعیب یفسخ فیما ظهر فیه العیب و الا فیأخذ الأرش و هذه المسأله لیست موردا للخلاف.

المسأله الثالثه: ما إذا اشتری أمور متعدده مستقله ببیع واحد بحیث أن کل منها أمر مستقل یمکن وقوع البیع علیه و لیس مثل رجل العبد و رأس الحیوان و نحوهما حتی لا یمکن التفکیک بینهما، و لکن اشتراها احد ببیع واحد بصرف فرضها أمرا واحدا بالاعتبار و الّا فهی فی الحقیقه أمور متعدده عقلا و عرفا کما هو واضح، و هذا نظیر شراء الدار و الفرس بعقد واحد

ثم وجد فی أحدهما عیب فهل یجوز فسخ مجموع العقد أولا- أو یجوز فی المتاع الذی ظهر فیه العیب و لا- یجوز فی الآخر وجوه، بل أقوال ثلاثه:- الأول: جواز الفسخ فی الفرد المعیب دون الصحیح من جهه کون کل واحد منهما منها ضاعن الآخر و مستقلا فی نسفه ففسخ العقد فی أحدهما دون الآخر لا بأس به و ان کانا قد تعلق بهما عقد واحد غایه الأمر یثبت للبائع خیار تبعض الصفقه مع دخاله الهیئه الاجتماعیه فی القیمه و مع إسقاط جمیع الخیارات الأخیار العیب لا یثبت له ذلک أیضا.

الثانی: أن یکون الخیار من أحدهما ساریا الی الآخر و یکون الفسخ متعلقا بمجموع العقد فان البیع بیع واحد قد تعلق بهما معا فیکون المجموع من حیث المجموع فی حکم مبیع واحد و هذا القول هو المعروف بین الأصحاب.

الثالث: أن لا یکون هنا خیار أصلا، فإن هذا الذی فیه عیب فلیس بمبیع، بل هو کرجل الحیوان فیکون فی حکم الجزء و ما هو مبیع أعنی المجموع المرکب و لو بالاعتبار، أی المرکب الذی فرض واحدا بالاعتبار فکما لا یجوز

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۱۴۷

فسخ البیع فی رجل الحیوان إذا کان معیوبا و کذا لا یجوز فسخ البیع فی فرد من المبیع کالفرس الذی یبیع مع الدار.

و الظاهر الأقوی هو الوجه الأول فإن العقد و ان کان بحسب الإنشاء الذی یسمیه المصنف بیعا فان المبرز أمر واحد و لکن کل منهما مبیع مستقل بحسب الانحلال فالبیع ینحل هنا الی بیوع متعدده حسب تعدد متعلقه و لیس بینهما اتحاد حقیقی و لا عرفی أصلا لیفرض المبیع واحدا و البیع واحدا، بل هما متغایران و أحدهما

أجنبى عن الآخر غايه الأمر جامعهما أمر اعتبارى و هو البيع أى ابرز البائع بيعهما بمبرز واحد و هذا لا يوجب الاتحاد من جميع الجهات.

و لا يرد على ذلك ما ذكره صاحب الجواهر من أن المقام نظير فسخ العقد فى جزء المبيع و انه بديهى البطلان، فان متعلق العقد أمر واحد فلا يجوز الفسخ فى بعضه دون بعضه، فإنه بعد الالتزام بالانحلال فلا يلزم ذلك أصلا فإنه فرق بين المقامين فإنه مع وحده المبيع عقلا أو عرفا لا معنى للفسخ فى البعض دون بعض، بل لا خلاف فى عدم جوازه و هذا غير كون المبيعين فى بيع واحد و هل يلتزم صاحب الجواهر بانتفاء خيار الحيوان فيما لو باع فرسا مع الدار أو هل يلتزم بأنه إذا نهى المولى عبده تكليفا عن بيع حيوان فباعه العبد مع الدار فإنه يقال ان المبيع ليس هو الحيوان هنا بل المجموع المركب و أيضا لازم كلامه أن لا يكون لأحد الشريكين خيار الأخذ بالشفعه إذا كان باع شريكه الآخر حقه مع ضميمه شى ء آخر فان المبيع هو المجموع المركب و هو بديهى البطلان، و لا يلتزم بشى ء منها صاحب الجواهر بل على مقالته لا بدّ من الالتزام ببيع ما يملك و ما لا يملك معا، فان ما لا يملك ليس مبيعا حتى لا يجوز بيعه، بل هو المجموع و كل ذلك لا يمكن الالتزام به و قد تقدم فى البحث عن خيار الحيوان أن الخيار يثبت فيه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۴۸

للمشترى فى كل مورد صدق عليه بيع الحيوان، و لو كان فى ضمن أمور آخر متعدده كما لا يخفى فإنه فرق بين كون المبيع واحدا

عقلا أو عرفا فإنک قد عرفت عدم جريان الخيار فی الجزء المعيب فيه بلا خلاف، و بين كونه واحدا بالاعتبار البيعی فقط كما لا يخفى و لم يكن فی دليل خيار العيب أن لا يكون المبيع المعيوب مع غيره أيضا لإطلاق قوله عليه السلام أيما رجل باع شيئا فيه عيب أو عوار إلخ الداله على ثبوت خيار العيب للمشتری ما دام لم يحدث فيه حدثا و هذا الكلام جار فی جميع الخيارات أيضا كخيار الحيوان و نحوه فإنه ليس فی دليل خيار الحيوان أن لا يكون مع الحيوان شی ء آخر مبيعا كما لا يخفى.

و على الجمله فإذا كان الحيوان مثلا أو المعيب مبيعا يترتب عليه حكمه الوضعی و التكليفی.

و حاصل الكلام: من الأول أنه كان كلامنا فی كون المبيع معيبا و وجود العيب فيه و لا شبهه أن فرعين هنا لا خلاف فيهما:

الأول: أن يكون العيب فی مبيع منضم الى مبيع آخر فی الخارج من غير أن يكون البيع الواحد واقعا عليهما فی الخارج كما إذا اشترى نصف الدار ببيع و نصف الأخر ببيع آخر فإنه لا يسرى الخيار من أحدهما إلى الآخر بوجه.

المسأله الثانيه: ما إذا كان المبيع واحدا اما بالدقه العقليه، أو بالوحده الاعتباريه العرفيه، كالعبد و الدار فظهر عيب فی جزء من ذلک فإنه ح لا يجوز الفسخ فی البعض دون الآخر و الوجه فيه ليس هو أن الجزء ليس بمبيع، بل هو أيضا مبيع كالجزء الآخر و تمامه بحسب الانحلال و الانحلال كما يجری فيما إذا باع أمورا متعدده صفقه واحده فكک يجری فيما إذا كان المبيع واحدا و لو بالوحده الحقيقيه فإن كل جزء منه مبيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷،

بحسب الانحلال و من هنا صح بيع نصف العبد و ربعه مشاعا و من هنا أيضا قلنا فيما تقدم بصحه بيع ما لا يملك و لا يملك و بيع ما لا يملك و ما لا يملك على طبق القاعده فعدم جريان الخيار أى خيار كان فى الجزء فى صوره وحده المبيع حقيقيه أو عرفيه ليس من جهه عدم الانحلال هنا كما عرفت فان الانحلال محقق فى جميع موارد المبيع مركبا كان أم واحدا و انما نمنع جريان الخيار فى الجزء من جهه أخرى.

و توضيح ذلک أن الخيار الثابت فى البيع تاره بعنوان البيع كخيار المجلس فان الدليل المتكفل لإثبات خيار المجلس انما هو قوله (ع) البيعان بالخيار ما لم يفترقا و ظاهر ذلک هو ثبوت الخيار بالنسبه إلى مجموع المبيع المتحد بالاعتبار عرفا أو عقلا لا بالنسبه إلى جزء مشاع أو الى جزء معين.

و أوضح من ذلک ما يكون دليل الخيار فيه من ناحيه الشرط الضمنى كخيار الغبن و نحوه حيث ان الشرط انما هو ثبوت الخيار بالنسبه إلى مجموع المبيع لا فى الجزء الخاص المعيّن أو المشاع فلا يجوز له الفسخ فى الجزء دون جزء هذا فيما إذا ثبت الخيار بعنوان البيع و قد علمت أن الخيار انما لم يثبت فى الجزء لا من جهه عدم كون الجزء مبيعا، بل من جهه اقتضاء الدليل ذلک، و أما فيما كان بعنوان آخر أى ثبوت الخيار بعنوان آخر كعنوان الحيوان و المعيب فالظاهر هنا أيضا أن يكون الخيار ثابتا لذى الخيار بالنسبه إلى مجموع المعيب و الحيوان فلا يكون له الخيار فى الجزء الخاص فقط، كما هو واضح، و إذا كان موضوع خاص من

الکتاب أو الـدار معیبا فیقال أن مجموع الـدار معیب و مجموع الکتاب معیب، فلا یقال أن هـذا الجزء الخاص فقط معیب و کـذا کل شی ء یکون ککک أی شیئا واحدا و کان مبیعا فإنه سواء کان الخیار ثابتا فیه بعنوان البیع أو بعنوان الحیوان و المعیب أو کان الدلیل شرطا ضمنیا فإنه یکون الخیار ثابتا فی المجموع

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۱۵۰

کما عرفت، فافهم.

و أما إذا کان المبیع أمور متعـدده و باعها البائع صـفقه واحـده و لا یکون المبیع واحـدا لا بالحقیقه و لا بالاعتبار العرفی، بل انما جمع البائع بینها فی إنشاء البیع و إظهاره فقط، فإذا ظهر شـی ء من تلک الأمور معیبا فهل یکون خیار العیب مسـریا الی المجموع أو یختص بخصوص المعیب أو لا یکون للمشتری ح خیار أصلا.

و التحقیق أن الخیار یختص بخصوص المعیب فله فسخ العقد فی خصوصه أو رضائه به و مطالبه الأرش کما هو واضح.

نعم، یثبت له خیار تبعض الصـفقه الثابت بالشـرط الضـمنی حیث انه قـد اشتری هـذه الصـفقه المرکبه من أمور متعدده أن یکون کلها له و لم یکن له بل تبعضت الصـفقه و من هنا ظهر الجواب عن صاحب الجواهر أیضا حیث ذکر أن مقتضـی أدله الخیار هو ثبوته فی مجموع المبیع لا ـ فی کـل جزء منه فـان له مجـال فی الشق المتقـدم من کون المبیع شـیئا واحـدا حقیقه أو عرفا کما هو واضح. و ظهر أیضا أنه لا وجه للقول بثبوت الخیار فی المجموع أو عدم ثبوته فی المجموع، کما لا یخفی، فافهم.

و الحاصل: أنه لا قصور فی شمول دلیل خیار العیب أعنی قوله علیه السلام فی روایه زراره المتقدمه أیما رجل اشتری

شيئا و به عيب أو عوار لصورتى كون المعيب أمرا مستقلا أو منضما الى غيره فإنه يثبت له الخيار فى كلا الصورتين فح ان كان العيب فى جزء المبيع موجبا لسرايه الحكم الى الجميع لكون المبيع شيئا واحدا حقيقه أو عرفا فيثبت الخيار فى الجميع و الا فيثبت الخيار فى خصوص المعيب، فيثبت خيار تبعض الصفقه فى الجزء الصحيح.

و لكن المصنف أبدى المانع عن ذلك و حاصل كلامه أن المعيب الذى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۵۱

يردّه المشترى على البائع ان كان جزء مشاعا من المبيع الواحد فهو ناقص من حيث حدوث الشركه فيه، و ان كان جزء معينا و معروزا فهو ناقص من حيث تبعض الصفقه و لا شبهه أن كلا منهما نقص يوجب الخيار.

ثم ذكر أن ثبوت الخيار هنا اولى من ثبوته فى نسيان الدابه الطحن فان ذلك أى نسيان الدابه الطحن ليس بعيب فى المبيع و هذا بخلاف الشركه أو تبعض الصفقه فإن ذلك عيب فى المبيع كما هو واضح.

ثم ذكر أن ردّ بعض المبيع بخيار العيب دون بعضه و ان كان ضررا للبائع و ينجبر بخياره فى ردّ الصحيح من المشترى بخيار تبعض الصفقه و لكنه معارض بكونه موجبا للضرر على المشترى إذ قد يتعلق غرضه بإمساك الجزء الصحيح.

ثم أيد ذلك بمرسله الجميل المانعه عن رد المعيب بمثل صبغ الثوب و خياطته فان المانع هنا ليس إلّا بالنسبه إلى حصول الشركه فى الثوب بنسبه الصبغ و الخياطه لا مجرد تغير الهيئه.

ثم ذكر فى آخر كلامه أن العمده فى المسأله هو أن مرجع جواز الردّ منفردا إلى إثبات سلطنه للمشترى على الجزء الصحيح من حيث إمساكه و لو كان ذلك من

حيث الحدوث ثم سلب سلطنته عنه بخيار البائع و منع سلطنته على الردّ أولا أولى و لا أقل من التساوى فيرجع الى أصاله اللزوم.

و الذى ينبغى أن يقال أنه تاره يناقش فى شمول الأدله للمقام و يكون المقتضى قاصرا عن إثبات الخيار للجزء المعيب و هذا لا بأس به و لكن قد عرفت تماميه المقتضى لذلك و قد يناقش من جهه المانع و قد ذكرت وجوه للمانعيه و شى ء منها لا يصلح للمنع عن ذلك.

الأول: كون ذلك نقصا للمبيع فلا يكون العين ح قائمه بعينها و فيه أن دليل ثبوت خيار العيب فى المعيب انما دل على ذلك فيما حصل النقص

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۵۲

قبل الفسخ بحيث يوجب ذلك النقص و الحدث الحاصل قبل الفسخ المنع عن ردّ المعيب و فى المقام ليس كك حيث ان النقص انما يحصل برد المشترى المعيب لا قبله فلا يكون دليل مانعيه النقص عن الردّ شاملا لذلک الّا بتنقيح المناط و هو واضح الدفع.

الوجه الثانى: قاعده نفى الضرر فان فسخ المشترى العقد فى المعيب دون الصحيح ضرر على البائع بناء على شمول دليل نفى الضرر لأمثال المقام و عدم المناقشه فى ذلک، أقول: لا بد من ملاحظه أن الضرر من أى جهه ينشأ فإنه اما من جهه رد المعيب إلى البائع بأن يكون البائع متضررا من هذه الجهه فلا شبهه أن هذا الضرر انما ثبت من جهه جعل الخيار فى المبيع المعيوب فلا تكون أدله نفى الضرر حاكما على أدله الخيار، بل تكون أدله الخيار متقدمه على أدله نفى الضرر، و مخصصه لها فالضرر هنا لم ينشأ من رد المعيب لكى يرتفع بدليل نفى الضرر، بل

انمـا نشأ من ناحيه جعل الخيار كما هو واضـح فلو كان دليل نفى الضـرر شاملا للمقام لزم ارتفاع خيار العيب، بل ارتفاع مجموع الخيـارات على أنه يجرى فيمـا إذا كـان كـل واحـد من الجزئين مبيعـا مسـتقلا و لا يختص بصوره كونها مبيعا واحـدا فى صـفقه واحده.

و ان كان الضـرر من جهه عدم رد الصـحيح إلى البائع فإنه يتضرر من ناحيه تبعّض الصفقه فدليل الضرر انما يرفع لزوم العقد بناء على شـموله للمقام و يكون للبائع حق رد الجزء الصـحيح أيضا و أما عدم ثبوت الخيار للمشترى فى الجزء المعيوب فإنه أى ربط لثبوت الضرر على البائع فى عدم ردّ الجزء الصحيح بعدم ثبوت الخيار للمشترى فى رد الجزء المعيوب.

و بعباره أخرى مقتضى تضرر البائع من عدم ردّ الجزء الصحيح هو ثبوت الخيار له فى ذلك لا نفى خيار المشترى فى ردّ المعيب على أنه يمكن منع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۵۳

شمول قاعـده نفى الضـرر للمقـام على مـا تقـدم فى بعض الخيـارات لإمكـان دفع الضـرر بنحو آخر من الأرش و التفاوت و نحو ذلك.

و هنـا وجه ثـالث: و هو أن كل واحـد من المتبايعين قـد اشترط على الآخر أن يكون المبيع سالما عن التبعض اشتراطا فى ضـمن العقد، فإذا تخلف ذلك ثبت لكل منهما خيار تبعّض الصفقه بل هذا الاشتراط بديهى فى بعض الموارد كما إذا اشترى مصراعى الباب فإن الضـروره قاضـيه على اشتراط أن لا يكون أحدهما منفكا عن الآخر فى مقام التخلف و على هذا فلا يلزم من ذلك أن لا يكون للمشترى خيار فى الجزء المعيب، بل يثبت له خيار العيب فى ذلك، نعم يثبت لكل منهما خيار تبعض الصفقه فى

الجزء الصحيح كما هو واضح.

و اما ما ذكره المصنف من تأييد مراده بمرسله الجميل ففيه:- أولا أنها مرسله قد تقدم الكلام فيها و لا يمكن العمل بها للإرسال و انها ليست بمدركنا و انما مدركنا روايه زراره.

و ثانيا: لا دلاله فيها على كون الشركه عيبا و مانعه عن الرد لما ذكر لا أنها دلت على عدم الخيار مع قيام العين و أن ذكر الأمثله من خياطه الثوب و صبغه يدل على أن عدم قيام العين تحقق بمثل ذلك أيضا كما هو كك فى العرف فإنه ليرغب نوع بالثوب الغير المخيط أزيد من رغبتهم بالثوب الغير المصبوغ و كك يرغبون بالثوب الأبيض أزيد من رغبتهم بالثوب المصبوغ كما هو واضح لا يخفى و لأجل ذلك لا يكون العين باقيه فى العرف مع الخياطه و الصبغ و الحق أنه لا مانع من شمول أدله خيار العيب للمعيب سواء كان ذلك مبيعا مستقلا أو منضما إلى الأخر كما هو واضح.

قوله أما الثانى: و هو تعدد المشترى

أقول: هذه هى المسأله الثالثه فى عبارته المتقدمه المسوقه للتقسيم و توضيح الكلام هنا أنه إذا باع أحد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۵۴

ماله من اشخاص متعددين و ظهر معيبا فهل يثبت الخيار لكل منهم بحيث يكون له الخيار فى حصته سواء فسخ الآخر أم لا أو كان لهم الخيار فى المجموع أى لجميعهم خيار واحد فى ذلك المجموع من حيث المجموع مقتضى إطلاق مفهوم قوله عليه السلام أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يحدث فيه حدثا لزم البيع و يلزم على البائع رد التفاوت على ما هو مضمون الروايه هو ثبوت الخيار لكل من المشترين لصدق

قوله عليه السلام أيما رجل إلخ، على كل منهم كما هو واضح.

و لا- يقاس ذلك بخيار الورثه الذى ثبت لهم بالإرث فإن الذى انتقل إليهم بالإرث انما هو حق واحد و خيار واحد لشخص واحد و هو المورث و لا يقاس بما نحن فيه الذى ثبت خيار متعدد من الأول للمشترى و هذا الذى ذكرناه جار فى جميع موارد الخيارات إذا تعدد المشترى و لا- يختص بخيار العيب لإطلاق الأدله فى جميع ذلك و أما ما ذكره المصنف من الموانع فلا يصلح شى ء منها لذلك منها أنه ليست العين قائمه بعينها فإنه إذا فسخ أحد المشتريين البيع و امضى الآخر فيلزم تبعض الصفقه و هو عيب فى المبيع فيكون ذلك موجبا لعدم قيام العين بعينها و يكون ذلك حدثا فى المبيع كما هو واضح.

و فيه أولا- ما ذكرناه سابقا من ان النقص فى المبيع انما يوجب المنع عن الرد بالعيب السابق إذا كان حاصلا قبل الردّ و أما إذا تحقق ذلك بنفس الردّ فلا يكون ذلك مشمولا للأدله كما هو واضح.

و على تقدير شمول الأدله لذلك فهو انما يفيد فى المسأله السابقه فقط لا فى المقام فان التعدد هنا كان من الأول و لم يحصل ذلك بفعل الراد إذ المفروض أن المبيع هنا متعدد حسب تعدد المشترى و أنه يصدق على كل منهم أنه اشترى شيئا و به عيب أو عوار إلخ.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۵۵

و ثانيا: قاعده نفى الضرر فان مقتضى ذلك عدم ثبوت الخيار لكل من المشترين فإنه إذا فسخ أحدهم فى حصته دون الآخر و لم يفسخ غيرهم أو لم يفسخ هو فى المجموع يلزم ان يتضرر البائع فلازم ذلك

عدم الخيار كما هو واضح.

و فيه أنه بناء على شمول قاعده نفى الضرر للمقام فمقتضى ذلك ثبوت الخيار للبائع فى الجزء الآخر الذى هو حصته المشترى الآخر لا عدم ثبوت الخيار للمشترى الذى فسخ فى حصته كما تقدم و أما ثبوت الضرر من جهه ردّ المشترى حقه من المعيب فهو ثابت بأصل دليل الخيار فيكون مخصصا لأدله الضرر كما هو واضح.

و ثالثا: دعوى انصراف دليل خيار العيب عن ذلك و ذكر المصنف، انه يظهر وجه الانصراف بالتأمل و لم نفهم لذلك وجها بعد التأمل، بل الظاهر من الأدله هو عدم الفرق بين تعدد المشترى و اتحاده كما هو واضح.

نعم يجرى فى المقام الشرط الضمنى و لكن ذلك لا يكون مانعا عن ثبوت الخيار لكل من المشتريين، بل لازمه هو ثبوت الخيار للبائع من جهه التبعض كما هو واضح و هذا لا يختص بخصوص المقام كما عرفت بل يجرى فى جميع الخيارات و من هنا ظهر أنه لا ـ فرق فى ذلك كله بين كون البائع عالما بكون المشتريين متعددين أم لا ـ نعم فى صوره الجهل ثبوت الخيار له من جهه ذلك الشرط الضمنى أوضح.

و أما إذا تعدد البائع التى هى المسأله الثالثه فالأمر فيه أوضح و لا يجرى فى ذلك شى ء من دليل نفى الضرر، بل الظاهر من الأدله هو عده الفرق بين تعدد المشترى و اتحاده كما هو واضح و نحو ذلك من الموانع.

نعم الشرط الضمنى أيضا موجود هنا و يمكن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۵۶

دعوى الانصراف الذى تقدم فى المسأله السابقه هنا أيضا بأن يقال ان دليل خيار العيب منصرف عن ذلك الى كون الخيار ثابتا فى مجموع المبيع مع كونه مبيعا

واحدا و جوابه هو الجواب ثم انه قد يجتمع اثنان من هذه المسائل و قد يجتمع ثلاثه منها و حكم كل منها يجرى فى صوره الاجتماع أيضا.

[البحث فى سقوط الرد و الأرش]

قوله مسأله يسقط الأرش دون الرد فى موضعين

اشاره

أقول قد عرفت ثبوت الأرش فيما إذا باع شيئا و كان معيبا و حدث فيه حدث عند المشترى فإنه كان له مطالبه الأرش و لكن يسقط الأرش فى موضعين:-

الأول: فى الربويات

اشاره

و تفصيل الكلام هنا أن عدم ثبوت الأرش انما هو بأحد أمرين:

الأول) أن يقال ان وصف الصحه فى المبيع انما يقابل بجزء من الثمن

فإذا باع شيئا و كان فاقدا لوصف الصحه ثبت للمشترى خيار العيب و مع عدم الردّ يثبت له الأرش فى مقابل ذلك الوصف المفقود و لكن قد خصص ذلك فى الربويات فلا يجوز أخذ الأرش فيها مع فقدان وصف الصحه لأن أخذه يستلزم الربا فإنه إذا باع منا من الحنطه بمن من الحنطه و كان أحدهما معيوبا فإنه لا يجوز أخذ الأرش هنا فإنه يستلزم الربا فى ذلك الجزء الزائد و ككك الحال فى جميع الربويات و على هذا فيسقط الأرش فى الربويات.

و فيه أن وصف الصحه مطلقا سواء كانت فى الربويات أو غيرها لا- تقابل بالمال أصلا و ان كان يوجب زياده القيمه، بل هو وصف الكمال على حد سواء، بل حكمها من حيث عدم مقابلتها بالمال كالأوصاف التى ليست بوصف الصحه و لا وصف الكمال.

نعم الفرق فى ذلك أن وصف الصحه و وصف الكمال إذا كان مفقودا يوجب الخيار و الأرش فى الأصل أى فى وصف الصحه و له مطالبه الأرش

بالتعبد الشرعى و يدلنا على ذلك أن الظاهر هو تسالم الفقهاء على صحه البيع و عدم كون ذمه البائع مشغوله فيما إذا لم يطالب

المشترى الأرش من البائع مع أنه لو كان وصف الصحه يقابل بالمال لكانت ذمه البائع مشغوله مع تخلّف وصف الصحه فى المبيع لبطلان البيع بالنسبه إلى الثمن الذى يقابل بهذا الوصف.

و أيضا يدل على ما ذكرنا تسالم الفقهاء على أنه يجوز إعطاء الأرش من غير الثمن سواء كان باقيا أم لا، مع أنه لو كانت المعامله باطله فيما قابل الوصف

و كان الوصف يقابل بالمال لكان الواجب إعطاء نفس الثمن لا شـى ء آخر فيعلم من ذلك كله أن الأرش حكم تعبـدى محض قد ثبت فى مورد خاص بالتعبد فلا يكون مخصصا بأدله الربا كما هو واضح.

الثانى: أن يقال أن الربا انما هو زياده أحد المتماثلين على الآخر فى المعامله

سواء كانت الزياده بالثمن و نحوه عند البيع أو بغيره من تبعات البيع من الأرش و نحوه فان ذلك أيضا زياده أحد المتماثلين على الآخر و على هـذا فيسـقط الأرش هنا فإنه و ان لم يكن ثمنا فى المبيع و لم نقل أيضا بكون وصف الصحه يقابل بالمال و لكن أخذه يوجب زياده أحد المتماثلين الذين من الربويات على الآخر فيلزم الربا.

و فيه أنه يرد عليه أيضا أنه لا دليل على أن الربا انما هو كون أحد المتماثلين زائدا عن الآخر فى المعامله و لو لم يكن الزياده بالأصاله، بل بالتبع بأن يكون الزائد فى مستتبعات البيع و انما الدليل أى دليل حرمه الربا انما هو مختص بكون احد المتماثلين زائدا عن الآخر عينا أو حكما فى نفس المعامله لا فى تبعاتها و من هنا لا نشك أن يفتوه أحد بلزوم الربا فى أنه لو تعامل اثنان بأن باع أحدهما من الآخر حليّا ذهبا نفرضه سوارا الذى كان مقداره خمسه مثاقيل بخمسه مثاقيل من الذهب الذى ليس بحل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۵۸

تم بعد ما تم البيع و النقل و الانتقال كسر البائع الحلى فهل يتوهم أحد أنه لا يضمنه لأنه لو ضمن ذلك و اعطى شيئا فى مقابل الصياغه يلزم الربا و من الواضح أن مقامنا من هذا القبيل فإنه كما ان الضمان بذلك انما هو بعد البيع و من تبعاته و كك الأرش حيث انه

يثبت بمطالبه المشترى و لا يثبت قبله و لذا عرفت أن البائع لا يضمن به قبل المطالبه و لو مات لا يبقى مشغول الذمه و كيف كان لا يلزم الربا من أخذ الأرش فى الربويات.

ثم ان المصنف قد ذكر بعد الاستشكال فى المسأله أن المرجع انما هو ما دل على حرمه الربا من الأدله و أشكل عليه بعضهم بأنه مع لزوم الربا من أخذ الأرش لا مجال لرفع اليد عن دليله، و الرجوع الى أدله حرمه الربا و ذلك لأن النسبه بينهما هو العموم من وجه إذ قد يكون الأرش فى غير الربويات و قد يكون الربا فى غير صوره الأرش و قد يجتمعان فبعد التعارض فى مورد الاجتماع و التساقط فالنتيجه هو تقديم أدله الربا من جهه أنه لا دليل يدلنا على ثبوت الأرش.

ح فأصبح المورد بلا دليل دل على ثبوت الأرش و لكن ليس ذلك من ناحيه ترجيح أدله حرمه الربا.

و لكن ما ذكره المصنف وجيه، فانا ذكرنا فى مورده أن الدليلين إذا تعارضا بالعموم من وجه و تكافئا فتقدم منهما ما يكون موافقا للكتاب لقوله عليه السلام فى مقام المعارضه خذ ما وافق الكتاب، و من الواضح أن أدله حرمه الربا موافقه للكتاب، لقوله تعالى أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبٰا بل لا يكون ح الطرف الآخر حجه حتى نحتاج الى الترجيح و نقول بان الموافق للكتاب قد رجحناه على الأخر فما ذكره المصنف متين.

ثم انه ذكر السيّد فى حاشيته موردا آخر لسقوط الأرش غير ما ذكره المصنف من الموردين، و لكنه عين المورد الأول الذى ذكر المصنف لسقوط

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۵۹

الأرش فيه من جهه الربا و حاصله

أن العوضين إذا كانا من النقدين فظهر عيب فى أحدهما بعد انقضاء المجلس فإنه ذكر عدم جواز أخذ الأرش هنا للزوم الربا و لكن قد عرفت أن الأرش أجنبى عن العوضين و انما هو غرامه خاصه قد أثبته الشارع تعبدا فأى ربط له بالعوضين ليلزم الربا و هو من تبعات المعامله و قد عرفت عدم جريان الربا.

المورد الثانى: مما يسقط الأرش فيه ما إذا كان ثمن المعيوب مساويا مع الصحيح بحيث لا ينقص من قيمته لأجل عيبه شى ء

و ذلك كالعبد الخصى فإنه لأجل بعض الأغراض كالربط بين الزوج و الزوجه لبعض الحوائج يرغب به كثير من الناس و يكون قيمه ذلك لأجل هذا مساويا من العبد الغير الخصى و ان كان فى غير الخصى أيضا بعض المنافع التى لا تكون فى الخصى كأخذ نسله ليكون عبدا أيضا و فى الحقيقه أن الخصاء عيب و لكن لا يوجب الأرش فإن الأرش هو تفاوت القيمه ما بين الصحيح و المعيب و المفروض أنهما على حد سواء فى القيمه و لا تفاوت بينهما.

و لكن الذى ينبغى أن يقال ان الخصاء فى العبد مع كونه مرغوبا بين الناس ليس بعيب، بل ربما يكون وصف الكمال، إذا كان موجبا لزياده القيمه فإن العيب ليس هو كل نقص فى المبيع حتى ما لا يوجب نقص القيمه، بل النقص الذى يوجب قله الماليه و الثمن و لو كان مجرّد النقص عيبا سواء أوجب نقص القيمه أم لا لكان الختان و ثقب الآناف و الأذان أيضا من العيوب و لم يفتوه به أحد من الطلبه فضلا عن الفقيه و اذن فلا مجال لتوهم انتفاء الأرش فى المورد الثانى أيضا.

ثم انه قد فصّل العلامه هنا تفصيلا لم نعرف وجهه و هو أن الأرش ان كان من جنس المبيع فى الربويات فلا محذور فيه و

الا ففيه محذور و فيه ان الربا يتحقق بمطلق الزياده و لو كان شرطا و إذا كان أخذ الأرش موجبا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۶۰

للربا فلا يفرق فيه بينما كان من جنس المبيع أو من غير جنسه.

قوله مسأله: يسقط الرد و الأرش معا بأمور

أحدها العلم بالعيب قبل العقد

بلا خلاف.

أقول: ذكروا لسقوط خيار العيب موارد، منها علم المشتري بالعيب فحينئذ لا يثبت خيار العيب للمشترى لأن أخبار خيار العيب ناظره إلى صوره جهل المشتري بالعيب فلا يشمل صوره علم المشتري بالعيب، بل استدل على ذلك فى الجواهر بصحيحه زراره المتقدمه أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبه، و قد تنظر فيه المصنف و لكن لم يبين وجه النظر فيه و الذى يمكن أن يكون وجها له أمور ثلاثه الأول: ان المراد من الروايه هو أنه إذا اشترى أحد شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبّه فله الخيار على ما هو مقتضى المفهوم سواء كان المشترى عالما بالعيب أو لم يكن عالما به، فالموضوع لسقوط الخيار هو تنبيه البائع المشترى لا علم المشترى بالعيب فإذا كان المشترى عالما لكونه من أهل الخبره و لكن لم ينبه به المشترى يثبت له خيار العيب كما هو واضح.

و فيه أن هذا و ان كان لا بأس به فى نفسه و به يرتفع التناقض بين كلامى المصنف هنا حيث منع عن الاستدلال بالصحيحه على سقوط خيار العيب مع علم المشتري و مع استدلال بها على سقوطه مع تبرى البائع مع أن ملاك الاستدلال فيهما واحد و هو المفهوم فإنه يقال ان وجه النظر هنا هو الوجه الذى ذكروا أما وجه الاستدلال هناك هو المفهوم و عدم جريان هذا المانع هناك كما لا

یخفی.

و لکن هـذا الوجه خلاف متفاهم العرف حیث ان التنبیه لیس له موضوعیه فی سـقوط الخیار کما أن عدمه لیس موضوعا لثبوت الخیار، بل هو طریق إلی معرفه المشتری العیب، و المراد من ذلک هو عدم التعریف لیکون المشتری

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۱۶۱

جاهلاـ و یثبت الخیـار له و أمـا إذا نبّهه کـان عالمـا بـالعیب فلاـ یکون له الخیـار کما هو واضـح، و بالجمله کون التنبیه موضوعا لسقوط الخیار و عدمه موضوعا لثبوته علی خلاف المتفاهم العرفی.

الوجه الثانی: أن یکون وجه النظر فیه هو أن الاسـتدلال بالروایه فی المقام اما بمقتضی مفهوم الشرط و هو کلمه، أی أو بمقتضی مفهوم الوصف و القید و هو عدم التنبیه فان الوجه هو الأول فلا شـبهه أن الشرط هنا قد سیق لبیان الموضوع فان مفهوم قوله علیه السلام أیما رجل اشتری هو أنه أیما رجل لم یشتر و هو سالبه بانتفاء الموضوع فلا مفهوم للقضیه الشرطیه ح کما نقول إذا رکب الأمیر فخذ رکابه و قد ذکر ذلک المصـنف آیه النبإ عند الاسـتدلال به علی حجیه خبر الواحد من ان مفهوم ان جائکم فاسق بنبإ ان لم یجی ء فاسق بنبإ لا أنه ان جاء عادل و من الواضح أن القضیه ح سالبه بانتفاء الموضوع فلا یکون له مفهوم.

و فیه أنه ان کان نظر المصنف الی هذا الوجه فیرد علیه أولا ان القضیه الشرطیه و ان لم یکن لها مفهوم إذا سیقت لبیان الموضوع و لکن إذا کان معها قیـد آخر ثبت لها مفهوم بالنسـبه الی ذلک القید، و قد ذکرناه فی محله مثلا إذا قال المولی إذا رکب الأمیر فخذ رکابه، بلا تقید بقید فلا مفهوم

لها، و أما إذا قال إذا ركب الأمير فكان يوم الجمعه فخذ ركابه فإنها بالنسبه إلى القيد الأول لا مفهوم لها، و أما بالنسبه إلى القيد الثانى فلها مفهوم و هو أنه إذا ركب فى غير يوم الجمعه فلا تأخذ ركابه و فى المقام أيضا ككك حيث ان القضيه لا مفهوم لها بالنسبه إلى قوله عليه السلام: أيما رجل اشترى شيئا، ليس لها مفهوم، و لكن بالنسبه إلى القيود التى ذكرت بعدها فلها مفهوم و منها قوله عليه السلام و لم يتبّه كما هو واضح فما ذكره صاحب الجواهر من الاستدلال بالصحيحه متين جدا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۶۲

و ثانيا لو كان وجه النظر للمصنف هو هذا فلما ذا استدلال بها على سقوط الرد و الأرش بالتبرى بعد أسطر فهل هذا الا المناقضه فلا ينبغى ذلك من المصنف بهذا القريب.

و أما إذا كان غرض صاحب الجواهر من الاستدلال بالصحيحه هو مفهوم القيد فلا شبهه أنه ليس بحجه.

و فيه أولا أنه أيضا تناقض لما سيأتى منه من الاستدلال بها على سقوط الخيار مع التبرى عن العيب.

و ثانيا: أن مفهوم الوصف ليس بحجه إذا كان ذلك ملحوظا بنفسه و أما مع احتفافه بقرائن أخر فلا شبهه فى حجيته كما قلنا به فى قوله كرّ من الماء فى جواب السائل عن أنه أى مقدار لا ينجسه من الماء فإنه قد ورد فى مقام التحديد فلا شبهه فى كون مفهومه حجه و كذا قوله عليه السلام فى جواب السائل كم يقصر الصلاه من السفر، قال عليه السلام: بريد فى بريد فان القرينه قائمه على كون كلامه فى مقام التحديد فلا بد و أن يكون له مفهوم و ان

كـان المفهوم مفهوم لقب و الحاصـل أن أى مفهوم لم يكن حجه فى نفسه فهو حجه إذا قـامت القرائن عليه كما هو واضـح ففى المقام أن مفهوم القيد و ان لم يكن حجه فى نفسه و لكن القرينه قائمه على حجيته و هو كون الامام عليه السـلام فى مقام ضـبط مورد الخيار مقـدمه لسـقوطه باحـداث الحـدث و أنه عليه السـلام فى مقام تحديـد ذلك كما هو واضـح، فعلى هذا أيضا فكلام صاحب الجواهر متين.

ثم انه إذا اشترط العالم بالعيب الـذى سـقط خيار العيب فى حقه ثبوت الخيار له أى خيار العيب بالاشتراط فهل يصح ذلك أم لا فنقول ان كان غرض المشترط هو ثبوت الخيار له فقط فلا محذور فيه أصـلا حيث انه خيار ثابت بالشـرط كسائر الخيارات الثابته بالاشتراط كما إذا علم المشترى بعيب

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۶۳

المتاع و اشترط ثبوت الخيار لنفسه و اشتراه على هذا الشرط ليختبره و يشاور غيره أن المعيب يفيده أم لا فهذا لا شبهه فى صحته فيكون ذلك كبقيه الخيارات الثابته بالشـرط الضـمنى و ان كان غرض المشترط هو ثبوت خيار العيب له الـذى هو خيار حتى مع أحكامه الخاصه من الأرش و نحوه فذكر المصـنف أنه فاسد و مفسد للعقد لكونه مخالفا للسنه فكأنه رأى أن هذا الشرط الفاسد ممتاز عن بقيه الشـروط الفاسـده التى لا توجب فساد العقـد و لكن هـذا يوجب فساده كما هو واضـح، و لكن الظاهر أنه لا فارق بين هذا الشـرط الفاسد و بقيه الشـروط الفاسده، نعم ذكرنا فيما سبق (ظاهرا فى خيار الرؤيه) أن مرجع الخيار الى تحديد الملكيه إلى زمان الفسخ فكان البائع قد أنشأ الملكيه المحدوده

و على هـذا فهـذا الشـرط يكون فاسـدا و مفسـدا للعقـد لأن ما أنشأه البائع من الملكيه المحدوده لم يمضه الشارع لكون الشـرط الـذى أوجب تحديـد الملكيه المنشأ فاسدا لكون اشتراط الأرش فى هذا الخيار أى خيار العيب الثابت بالشـرط مخالفا للسـنه فإن الأرش انما ثبت فى خصوص خيار العيب فقط، بل مخالف للكتاب أيضا من جهه قوله تعالى أَطِيعُوا اللّٰهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ فالقول بثبوت الأرش هنا مخالفه لقول الرسول (ص) فيكون فاسدا.

و أما الملكيه المطلقه فهى غير منشأه فيكون هـذا الشـرط فاسـدا و مفسـدا للعقـد على ما ذكرناه و قد ذكرنا فى تعليقه العروه عند قول السيد هـل يجوز جعـل الخيار فى النكاح أم لا حيث توقف فى ذلك كبعض المحشـين و قـد ذكرنا هناك أن الأقوى كون جعـل الخيـار مفسـدا لعقـد النكـاح فإنه إذا كان النكاح مقيـدا بالفسـخ فيكون مقيـدا بالزمانى و من الواضـح أنه غير مشـروع فى الشريعه إنما المشروع هو العقد الدائم و العقد المنقطع المقيد بالزمان أما الزمانى فلا فافهم.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۶۴

قوله الثاني: تبرى البائع عن العيوب إجماعا فى الجمله،

أقول من جمله ما يسـقط فيه الرد و الأرش فيما كان المبيع معيبا أن يتبرء البائع من العيوب و قد ادعى الإجماع على ذلك و لكن لإجمال لدعوى الإجماع التعبدى مع كون صحيحه زراره داله على المقصود.

ثم انه لاـ يخفى ما فى بعض نسـخ المكاسب من الغلط من إسـقاط الألف بين كلمه ارتفع و كلمه لإطلاق كما فى حاشـيه أيضـا كـك حيث قـال قوله لإطلاـق إلـخ، إذ لا إطلاق فى روايه زراره هنا حتى يتمسك، بل التمسك بها من جهه المفهوم و النسـخه صحيحه قوله و الأصل فى الحكم قبل الإجماع صحيحه زراره و

كلمه الإطلاق بزياده الألف قبل اللام فاعل لارتفع.

و كيف كان فلا شبهه فى دلاله روايه زراره على المقصود فإنه قد علق ثبوت الخيار فى مفهوم هذه الروايه المعتبره و ان لم تكن صحيحه كما تقدم على عدم التبرى من العيب و أما مع التبرى منه فلا شبهه فى سقوطه فتدل بمفهومها على المقصود كما هو واضح.

ثم انه مقتضى إطلاق مفهوم هذه الروايه أنه لا فرق فى سقوط الخيار بالتبرى من العيوب الظاهره أو الباطنه فإن مقتضى الإطلاق هو سقوط الخيار مع التبرى من العيب مطلقا و هذا واضح جدا و كل ذلک لا كلام فيه و ان ذكر الخلاف فى بعضها و لكن يدفعه الإطلاق و أيضا يجوز التبرى من العيوب الموجوده حال العقد و العيوب المتجدده بعده قبل القبض أو بعده فى زمان الخيار أى خيار الشرط و الحيوان بالنص و خيار المجلس بالإطلاق و لكن وقع الاشكال هنا فى موضعين:- الأول: فيما إذا تبرأ من العيوب الموجوده حال العقد.

و الثانى: فيما إذا كان العيب متجددا بعد العقد. أما الإشكال فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۶۵

الأول فهو أن إسقاطه أى الخيار و التبرى من العيوب موجب للغرر فيكون موجبا لبطلان البيع.

و فيه أنه ان قلنا بأن روايه زراره إنما دلت على صحه البيع مع سقوط الخيار للعيب مع التبرى مطلقا حتى فيما يلزم منه الغرر فلا بأس من الالتزام به بعد دلاله النص عليه و دعوى كون البيع غرريا و باطلا لذلک اجتهاد فى مقابل النص فلا يكون ذلک إشكالا فى المقام و ان قلنا ان التبرى و عدم التبرى من العيوب انما هو فى البيع الصحيح لا فى البيع الباطل فالبيع

الغرری باطل فلا یکون التبری من العیب مصححا له و الا کان التبری من العیب موجبا لصحه بیع الصبی و غیره من البیوع الباطله و علیه فلا بدّ من التفصیل بین ما یرتفع کون البیع غرریا من غیر جهه التزام البائع بکون المبیع صحیحا و بین ما کان یرتفع ذلک بالتزام البائع بصحه المبیع فإنه علی الأول یصح تبری البائع من العیوب إذ دخل له فی غرریه المعامله فإن الغرر لم یرتفع بالتزام البائع بصحه المعامله حتی یلزم الغرر من تبریه من العیوب بل انما ارفع بعلم المشتری بصحه المبیع أو برؤیته أو بإخبار شخص آخر و قد تقدم ما ینفعک فی خیار الرؤیه ظاهرا و علی هذا فلا بدّ فی المقام من التفصیل بین ما کان ارتفاع الغرر عن البیع بالتزام البائع بصحه المبیع فلا یصح التبری لکونه موجبا للغرر و بین ما کان ارتفاع الغرر بغیر جهه التزامه بذلک کما عرفت فیصح التبری کما لا یخفی.

و أما إذا کان التبری من العیوب المتجدده بعد العقد فتاره یستشکل هنا من جهه لزوم الغرر و اخری من جهه کون التبری عن العیوب المتجدده إسقاطا لما لم یجب إذ لم یتعیب المبیع حال العقد حتی یجوز التبری عنه فلا یکون التبری ح إلا إسقاطا لما لم یجب.

و لکن شی ء من الإشکالین لا یرجع الی محصل أما إشکال لزوم الغرر

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۱۶۶

فهو واضح الدفع إذ الغرر فی المعامله انما یلاحظ بالنسبه الی حال البیع و العقد لا بالنسبه الی ما بعد العقد و من الواضح أنه لا غرر فی المعامله فی حال العقد مع التبری عن العیوب المتجدده بعد العقد بعد ما

كان المشترى عالما بالمبيع و خصوصياته و عدم العيب فيه حال العقد.

و أما إشكال لزوم إسقاط ما لم يجب فنعم حيث ان العيب لم يحصل حال العقد فيكون إسقاطه إسقاطا لما لم يجب و لكن ذكرنا مرارا أنه لا- دليل على عدم جواز إسقاط ما لم يجب إلا- الإجماع و هو انما فيما لم يكن المقتضى للساقط موجودا كالإسقاط قبل العقد و فى المقام كالتبرى قبل العقد حيث ان العقد موضوع للخيار فإسقاط خيار العيب قبل العقد بالتبرى عن العيب فإنه يدخل تحت الإجماع القائم على عدم جواز إسقاط ما لم يجب و أما الإسقاط حال العقد الذى هو مورد الخيار و موضوعه فلا بأس من إسقاط خيار العيب حال العقد و كك يجوز الإسقاط فى كل مورد كان المقتضى موجودا.

نعم، الإسقاط الفعلى أى إسقاط المعدوم فعلا بحيث يكون ساقطا بالفعل غير معقول لأنه إسقاط أمر معدوم و أما إسقاط أمر استقبالى فعلا بحيث يكون ساقطا فى محلّه أى فى الاستقبال فلا بأس كما لا يخفى.

و على الجمله فلا بأس لإسقاط خيار العيب بالتبرى عنه حال العقد سواء كان العيب موجودا حال العقد أو عيبا متجددا كما هو واضح.

ثم انه ذكر المصنف أنه يندفع الغرر عن البيع مع التبرى عن العيوب بالاعتماد على أصاله الصحه و لكن يرد عليه ما ذكرناه سابقا من انه لا- دليل على اعتبارها بوجه على أنه لا يرفع الغرر فإنه بمعنى الخطر و هو أمر نفسانى لا يرتفع بالأصل فإنه لا يزيل الصفه النفسانيه.

قوله: ثم ان البراءه فى هذا المقام يحتمل إضافتها إلى أمور

، أقول

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۶۷

حاصل كلام المصنف أن البراءه من العيوب يحتمل أن

يضاف إلى أمور:

الأول: أن يتبرء من نفس العيوب بأن تبرء عن الالتزام بسلامه المبيع عن العيوب الموجوده فى المبيع حال العقد.

الثانى: ضمان العيب فقط بأن يتبرأ من الأرش فقط دون الخيار فيكون المشترى مع ظهور العيب فى المبيع مخيرا بين الردّ و الإمضاء فقط.

الثالث: أن يكون المراد من التبرى عن العيب التبرى عن حكمه و هو إسقاط الخيار ثم ذكر أن الأنسب إلى معنى البراءه هو الثانى و قد تقدم عن التذكره المعنى الثالث و هو بعيد عن اللفظ الا أن يرجع الى المعنى الأول.

و لكن الظاهر أنه لا فارق بين المعنى الأول و الثالث و ذلك لأنه لا معنى للتبرى عن نفس العيب الذى هو مفاد الوجه الأول و توضيح ذلك أنا قد ذكرنا سابقا أنه لا معنى لاشتراط وصف فى البيع بان يبيع شيئا مع اشتراط كونه متصفا بوصف كذا أى التزم بكونه على وصف كذا و هذا لا معنى له، بل مرجعه.

اما الى التعليق بان يبيع على تقدير كون المبيع متصفا بوصف كذا.

و اما الى اشتراط الخيار على تقدير التخلف بأن التزم المشترى البيع على تقدير كون المبيع موصوفا بوصف معلوم و أما التخلف فلا يلتزم به بل يكون البيع متزلزلا.

أما التعليق فهو يوجب البطلان فلا معنى لاعتبار الوصف فى المبيع بهذا المعنى.

و أما الثانى: فقد عرفت أن مرجعه الى جعل الخيار و عليه فمعنى التبرى عن العيب أى عدم الالتزام بصحه المبيع ليس إسقاط الخيار إذ التعليق فى البيع باطلا و اذن فيكون مفاد الوجه الأول و الوجه الثانى واحدا كما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۶۸

و أما الوجه الثانى: فالفرق بينه و بين الوجه الأول الذى مرجعه الى

الوجه الثانى واضح إذ الوجه الأول و الثالث كما عرفت عباره عن إسقاط الأرش دون الخيار كما هو واضح، أما أن المراد هو الوجه الأول أو الثانى فيختلف ذلك باختلاف قصد المتبرى و ظهور كلامه و الظاهر من الإطلاق هو سقوط الخيار و الأرش معا.

و دعوى أن التبرى من الأرش فقط لا دليل عليه لكون الروايه داله على التبرى على وجه الإطلاق.

دعوى جزافيه فإن الروايه و ان كانت كك و لكن قد ثبت من الخارج من الأرش غرامه و من قبيل الحقوق فللمشترى أن يرفع اليد من حقه و لم يطلب الغرامه من البائع فالتبرى عن الأرش فقط مع رضاء المشترى بذلك صحيح و أما دعوى كونه إسقاطا لما لم يجب فقد عرفت جوابه و أنه لا بأس بإسقاطه فى ضمن العقد.

قوله: ثم تبرى البائع عن العيوب مطلقا.

أقول: قد ذكر السيد فى المقام أن مقصود المصنف غير ما هو ظاهر من عبارته فان عبارته ظاهره فى معنى و مقصوده شى ء آخر و عليه فهنا مسألتان:- الأولى: ما فهمه السيد من عباره المصنف؟

و الثانى: ما هو ظاهر كلام المصنف؟

أما الأولى: فذكر السيد أن مراد المصنف أن التبرى إنما يسقط الخيار فقط، و أما حكم التلف فى زمان الخيار الذى هو كونه على من لا خيار له و هو البائع فى المقام فلا يزول و لا يسقط سواء كان التلف بسبب العيب أو غيره لعموم ما دل على ان التلف فى زمن الخيار على من لا خيار له.

و بعباره أخرى أن التبرى انما هو مجرد سقوط الخيار و أما ما تقتضيه قاعده التلف فى زمان الخيار من كونه على البائع فهو باق، و لا يسقط بمجرد

مصباح

التبرى فإنه يكفى فى ثبوت ذلك شأنيه الخيار أى ثبوت الخيار لو لا الاسقاط و ان لم يكن الخيار ثابتا بالفعل.

و الحاصل: أن قاعده كون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له أعم من يكون هنا خيار بالفعل أو خيار بالشأن كما هو واضح.

و يرد على هذه المسأله أولا أن موضوع الحكم هنا انما هو وجود الخيار الفعلى بحيث يكون هنا خيار بالفعل و أما الخيار الشأنى فليس موضوعا لهذه الاحكام بوجه و الا فلا بدّ من الالتزام بكون التلف مطلقا فى أى وقت كان، و لو بعد شهر أو سنه ممن لا خيار له فيما إذا لم يلتفت المشترى الى العيب إلى سنه مثلا، بل أكثر و تلف المبيع بعد هذه المده لا بإتلاف المشترى و التفت المشترى بالعيب حين التلف فإنه على هذا فجميع أوقات وجود المبيع عند المشترى زمن خيار الشأنى كما هو واضح مع أنه لم يلتزم به أحد.

و بعباره أخرى أن ما هو موضوع لهذه القاعده أعنى الخيار الفعلى قد سقط قطعا بتبرى البائع و ما هو ليس موضوعا لها اعنى الخيار الشأنى و التقديرى فهو باق فى بعض الأحيان إلى الأبد.

و ثالثا: أن قاعده كون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له انما هو فى خصوص خيار الحيوان و الشرط بالنص و فى خيار المجلس إلحاقا و أما الخيارات الأخر فلا تجرى فيها هذه القاعده و من الواضح ان خيار العيب من جمله تلك الخيارات التى لا مرتع فيه لهذه القاعده كما هو واضح.

و أما المسأله الثانيه التى هى ظاهر عباره المصنف فهى أنه إذا تبرى البائع من عيب السلعه و تلف

المبيع فی زمان خيار آخر للمشتری كخيار الحيوان و الشرط و المجلس فهل يكون ضمانه على البائع أولا بل يكون ضمانه للمشتری أيضا لتبری البائع عن العيب فالظاهر هو ان الضمان هنا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۷۰

على البائع فإنه لا منافاه بين تبری البائع عن العيب و بين ثبوت الضمان عليه من جهه كون التلف فی زمان الخيار من غير جهه العيب فإن إطلاق ما دل على أن التلف فی زمن الخيار من مال من لا خيار له فحكم هنا فلا مخصص له بوجه و اذن فيكون التلف هنا من البائع لكونه فی زمان خيار الحيوان مثلا لا من المشتری، بل لا دلاله فی لفظ التبری على كون التلف فی زمن خيار المشتری من المشتری إذ التبری من العيب أی ربط له بذلك بل لا يسقط الضمان عن البائع حتى بصراحته بالتبری مطلقا مستتبعا العيب حتى لو تلف المبيع به فی زمان خيار المشتری كما إذا كان المبيع حيوانا فتلف فی ضمن ثلاثه أيام فهذا حكم شرعی لا يسقط بالإسقاط و تقدم أن الحكم و الحق كلاهما حكم شرعی، إلّا ما يسقط بالإسقاط نسمی حقا و ما لا يسقط به نسمی حكما.

و على الجمله فكون التلف فی زمن الخيار من البائع حكم شرعی لا يسقط بالتبری و لا نعرف خلافا فی هذه المسأله الا عن الشهيد فی الدروس حيث قال لو تبرأ البائع من عيب فتلف به فی زمن خيار المشتری فالأقرب عدم ضمان البائع و كذا لو علم المشتری به قبل العقد أو رضی بعده و تلف فی زمان خيار المشتری.

ثم قال: و يحتمل الضمان لبقاء علاقه الخيار و قد ظهر مما

ذكرناه أنه لا وجه لمخالفه الشهيد و نفى الضمان عن البائع مع التلف ح كما لا وجه لقوله و يحتمل الضمان لبقاء علاقه الخيار فإنه لا معنى لتوهم هذه العلاقه إذ لو كان المراد بها هو خيار الحيوان فقد تبرأ البائع منه و ان كان المراد به غير خيار الحيوان فهو و ان كان صحيحا و لكن لا ربط له بخيار العيب حتى يقال ان علاقه الخيار باقيه.

و بعباره أخرى أن خيار العيب قد زال بتبرى البائع فلم يبق منه شى ء

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۷۱

أصلا و الخيار الذى هو موجود فعلا و تلف المبيع فى زمنه اعنى خيار الحيوان ليس من متعلقات خيار العيب بوجه فلا وجه لكلامه بوجه.

ثم ذكر أن الاشكال أقوى فيما لو تلف المبيع بالعيب السابق و بالعيب المتجدد فى زمن الخيار الآخر كخيار الحيوان و وجه الأقوائيه هو أن البائع إنما تبرأ من العيب السابق الموجود حال العقد لا من العيب الحادث بعده فيكون اشكال كون الضمان على المشترى دون البائع قويا بل لا بدّ و ان يكون الأمر بالعكس و لكن قد عرفت أن الضمان فى جميع ذلك على البائع لإطلاق ما دل على كون التلف (فى زمان خيار الحيوان و الشرط و خيار المجلس بالإلحاق) من البائع فلا مخرج عن ذلك و أن هذا حكم شرعى لا يسقط بالتبرى حتى مع التصريح بذلك و أن التبر لا يدل على ذلك و على أزيد من التبرى من الأرش و الخيار أى على إسقاط الأرش و الخيار.

قوله: ثم ان هنا أمورا يظهر من بعض الأصحاب سقوط الردّ و الأرش بها،

أقول:

ذكر الأصحاب أمورا يسقط بها الأرش و الردّ

منها زوال العيب قبل العلم به

و قد صرح العلامه بذلك فى غير موضع

من التـذكره، و مـال اليه جامع المقاصـد و اختاره فى المسالك بل ذكر فى التـذكره فى أواخر فصل العيوب أنه يسـقط الأرش و الردّ بعـد العلم بالعيب أيضا و قد فصلّ المصـنف هنا بين الرد و الأرش و التزم بسـقوط الردّ دون الأرش و أفاد فى وجه ذلک أن الظاهر من الأدله خصوصا بملاحظه أن الصبر على العيب ضرر هو ردّ المعيوب و هو الذى يكون حين الرد متلبسا بالعيب و أما ما كان معيوبا سابقا فزال عيبه فليس بموضوع للردّ و توهّم استصـحاب الخيار هنا فاسـد لارتفاع موضوعه فلا أقل من احتمال ارتفاع موضوعه فيكون بلاـ موضوع فلاـ يكون متعهـدا لإثبـات توسـعه الحق هـذا هو الوجه لجواز الرد و أما الوجه لجواز مطالبه الأرش فلأنه قد ثبت جواز مطالبه الأرش فيما كان وصف الصحه مفقودا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۷۲

فى المبيع حين العقـد فقـد اسـتقر الأرش على ذمه البائع بالعقد فسـقوطه يحتاج الى دليل خصوصا بعد ما علم المشترى بالعيب و زال، و الصحه الحادثه لا تمنع عن ذلک لكونها حادثه فى ملک المشترى.

و على الجمله فذمه البائع مشغوله بذلک فسقوطه عنها يحتاج الى دليل كما هو واضح.

ثم ذكر أنه لم يتعرض لهـذا الفرع أحد قبل العلامه و ان احتمل دخوله تحت القاعده المذكوره للشافعيه من الزائل العائد كالذى لم يزل أى وصف الصـحه التى كانت مفقوده و عاده كالـذى لم يزل فلا يكون المبيع فى حكم المعيوب فعلا أو كالـذى لم يعد فيكون فى حكم المعيوب ثم ذكر أنه لا دليل على هـذه القاعده و لا شـى ء تحتها فإنها مجرد عباره، بل نحتاج فى كل مورد الى الدليل الخاص و قد

عرفت أن مقتضى الدليل فى المقام هو سقوط الردّ دون الأرش.

أقول: أن المستفاد من الروايه كما أن موضوع الرد، هو المعيوب الفعلى أى ما كان متلبسا بالعيب فعلا و كذلك موضوع جواز مطالبه الأرش أيضا هو المعيوب الفعلى لا ما كان معيوبا حين العقد فان الرد و الأرش قد ثبتا فى الروايات معا من أنه إذا كان المبيع معيوبا كان له الرد و الأرش على نحو التخيير أو أنه مخيّر بين الردّ و الإمضاء قبل التصرف و أما بعده فيكون له مطالبه الأرش فقط، على ما تقدم من المصنف و اخترناه أيضا فى مورده استنادا الى ظاهر الأدله فلا يستفاد من الأدله أن موضوع الرد هو المعيوب الفعلى دون موضوع الأرش و ان كان يستفاد ثبوت الأرش بعد سقوط الرد لا التخيير من الأول كما هو واضح.

نعم، لو قلنا بان وصف الصحه يقابل بالمال فيكون فى مقابله حين العقد ثمن أيضا، فلما ذكره المصنف وجه حيث أن ما قابل من الثمن فى

مقابل وصف الصحه قد أخذه البائع بلا استصحاب منه لفوات مقابله أعنى وصف الصحه فيبقى مشغول الذمه ما لم يخرج عن عهدته سواء زال العيب و عاد وصف الصحه أم لا، و لكن قد عرفت سابقا ان هذا المبنى فاسد من أصله و لم يلتزم به المصنف أيضا، بل وصف الصحه يوجب زياده الماليه و هو واسطه لا زياده الماليه فى المبيع و زياده ثمنه كما هو واضح و لذا لا يجب للبائع دفع الأرش قبل مطالبه المشترى ذلک كما هو واضح و عليه فلا يبقى مجال لما ذكره المصنف هنا، بل يسقط الأرش بزوال العيب كما

يسقط الرد أيضا.

و قد ذكر السيّد أن الانصاف هو عدم الفرق بين الرد و الأرش و دعوى استقرار الثانى بالعقد دون الأول كما ترى و ظهور الدليل فى رد ما هو متلبس بالعيب مشترك الورود فانا نقول بالنسبه إلى الأرش أيضا كـذلك خصوصا مع أن الأرش غرامه لا يثبت الا بعد مطالبته و التحقيق سقوطهما معا للظهور المذكور و على الجمله فلا فارق بين الرد و الأرش بحسب الدليل هذا.

و لكن يمكن أن يقال أولا انه ينبغى أن يعكس الأمر بأن يسـقط الأرش دون الرد أما سقوط الأرش فمن جهه ما عرفت من كون موضوعه هو المبيع المعيوب و الفرض أن العيب قـد زال عنه فلاـ يثبت للمشترى جواز مطـالبه الأـرش من البـائع فلاـ وجه لثبوت الأرش ح بوجه.

و أما ثبوت الرد و عـدم سـقوطه فمن جهه أن خيار العيب كخيار الغبن و الرؤيه انما هو ثابت بحسب الشـرط الضـمنى على كون المبيع صـحيحا حال العقد و المفروض أنه غير صـحيح فيكون له خيار تخلف الشرط فلا دليل على سقوطه بعده و ان كان العيب زائـدا بعـده فـإنه انما زال فى ملك المشترى دون البائع كما إذا اشترى زيـد عبـدا من عمرو فاشترط عليه أن يكون العبـد كاتبا و لكن لم يكن كاتبا حال العقد و قد تعلّم الكتابه بعده فإنه لا شبهه فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۷۴

ثبوت خيـار تخلف الشـرط للمشترى، و ان كـان كاتبـا الا أنه انما حصل فى ملك المشترى دون البائع و من هنا ذكرنا أن الروايه الداله على ثبوت خيار العيب انما ثبت على طبق القاعده لا على خلافه كما هو واضح.

نعم ثبوت الأرش هنا لخصوص الروايه

لا بحسب الشرط الضمنى فإنه لا يتكفل على ذلك.

و لكن التحقيق أن يقال بثبوت الرد و الأرش كليهما و ان زال العيب بعد العقد فتكون النتيجه هو أن الزائل العائد كالذى لم يعد فكأن وصف الصحه الزائل لم يعد و تقريب ذلك أن غير روايه زراره من الروايات الداله على ثبوت الردّ و الأرش و ان كانت ساكته عن صوره زوال العيب من المبيع المعيوب حال العقد و المستفاد منها أن موضوع الردّ و الأرش انما هو المعيوب الفعلى فإنه فى هذه الصوره اما نقول بالرد و الأرش تخييرا أو بالرد أولا، و مع سقوطه فبالأرش كما تقدم و بالنسبه إلى ملاحظه هذه الروايات فما ذكره السيد متين جدا وفقا لما ذكره العلامه و غيره و لكن بالنسبه إلى النظر إلى روايه زراره فالأمر ليس كك فإنه ذكر فيها أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبرء به و أحدث فيه شيئا ثم علم بذلك العيب فإنه يمضى عليه البيع فيثبت له تفاوت ما بين الصحيح و المعيب و هو الأرش فيدل مفهوم هذه الروايه على عدم مضى البيع إذا لم يتبرء البائع من العيب و لم يعلم المشترى بذلك حال العقد و لم يحدث فيه حدثا فإنه إذ التفت المشترى بذلك العيب بعد العقد فيكون له الردّ و ليس فى الروايه أنه يسقط الردّ بعد زوال العيب، بل هى مطلق بالنسبه الى حال زوال العيب أيضا فلا دلاله فيها أن الرد أنما يثبت إذا كان العيب موجودا حال الرد، بل بكلمه ذلك يشعر البغير مشيرا الى العيب بكفايه وجود العيب حال العقد فقط فى جواز الردّ مطلقا حتى بعد الزوال

كما هو واضح و عين هذا البيان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۷۵

جار فی ثبوت الأرش أيضا بعد زوال العيب فإنه مذكور مع الرد فی هذه الروايه و موضوعه انما هو ثبوت العيب فی المبيع حال العقد سواء زال بعده أم لم يزل، كما هو واضح، و قد عرفت ان هذه الروايه و ان لم تكن صحيحه و لكنها معتبره.

قوله و منها التصرف بعد العلم بالعيب،

اشاره

أقول: ان الكلام فی كون التصرف بعد العلم بالعيب الذی يوجب الحدث فی المبيع يقع فی جهتين الأولى: فی أن التصرف هل يسقط الرد و الأرش معا أو لا.

و الجهه الثانيه: فی أنه هل تشمل أخبار الأرش صوره التصرف الموجب للاحداث بعد العلم بالعيب أم لا.

أما الكلام فی الجهه الأولى [فی أن التصرف هل يسقط الرد و الأرش معا أو لا]

فنقول: ان كان التصرف مسقطا تعبديا كما فی التقبيل للجاريه و ركوب الدابه و وطی الجاريه و غير ذلك من التصرفات التی هی مسقطه بالتعبد فلا دلاله فی ذلك على سقوط الأرش بوجه، فان سقوط الرد بالتصرف تعبدا غير مربوط بسقوط الأرش به مع وجود الدليل على ثبوت الأرش، بل قد ثبت الأرش فی مورد التصرف فی الجاريه بالجماع و لم يمنع ذلك الجماع عن ثبوت الأرش كما لا يخفى و ان كان التصرف مسقطا للردّ لكونه كاشفا عن الرضا بالعقد و الالتزام به فلا يكون البحث عن سقوط الرد بالتصرف نزاعا كبرويا، بل يكون نزاعا صغرويا و راجعا الى أن أی تصرف هو كاشف عن الرضا بالعقد و عن سقوط الرد و الخيار و بعد كونه كاشفا عن ذلك فتنازع فی أنه هل يكون التصرف الكاشف عن الرضا بالعقد كاشفا عن الرضا بالعيب أيضا أم لا فيكون هذا أيضا نزاعا لفظيا ففی كل مورد يكون كاشفا عن سقوط الأرش فيحكم به و الا فلا يكون هنا نزاع كبروی و قد أشار المصنف الى ذلك بقوله و حيث لم يدل التصرف على سقوط الأرش فالأصل بقاؤه و ذكر أيضا الاولى أن الرضا بالعقد لا يدل على سقوط الأرش.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۷۶

و أما الجهه الثانيه فهی أنه هل تشمل أخبار ثبوت الأرش على صوره التصرف بعد العلم بالعيب أم لا

فنقول قد نقول بأن المشتری إذا اشترى مبيعا معيوبا فهو من الأول مخيّر بين الأمور الثلاثه، أما الرد أو الإمضاء مجانا أو مع الأرش

على ما ذهب اليه المشهور فح يقع الكلام فى أن التصرف يوجب سقوط الرد و الأرش أولا. فالكلام ح راجع الى مسقطيه التصرف و قد تقدم الكلام فى ذلك من أنه مسقط تعبدا أو لكونه كاشفا عن

الرضا.

و على كل تقدير فهل يكون التصرف مسقطا للرد و الأرش معا أم لا؟

و تاره نقول ان المشترى ليس من الأول مخيرا بين الرد و الإمضاء مجانا أو الأرش، بل بين الرد و الإمضاء و بعد سقوط الرد ثبت له الأرش فقط بحيث ليس له مطالبه الأرش قبل سقوط حق الرد.

ثم انه يقع النزاع فى انه بعد عدم سقوط الأرش بالتصرف فهل تشمل أخبار الأرش لصوره التصرف بعد العلم أيضا كما تشمل لصوره التصرف قبل العلم أو لا بحيث لا يكون التصرف موجبا لسقوط الأرش مطلقا سواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده، و فى هنا سؤال الفرق بين القول بالتخيير بين الأمور الثلاثه من الأول أولا ـ فى كون ذلك دخيلا ـ فى شمول دليل الأرش لصوره التصرف بعد العلم بالعيب، فذكر المصنف أن اختصاص النص بصوره التصرف، قبل العلم ممنوع، فليراجع.

أقول: قد راجعنا الأخبار الداله على سقوط الأرش بالتصرف، ليس فيها ما يدل على عدم سقوط الأرش بالتصرف بعد العلم بالعيب، بل تدل على عدم سقوط الأرش بالتصرف قبل العلم بالعيب فقط كما هو واضح.

و قد عرفت فى روايه زراره ذلك حيث قال عليه السلام: أيما رجل اشترى شيئا و لم يتبرء البائع من عيبه و لم ينبه عليه و أحدث فيه حدثا تم علم بذلك فإنه يمضى عليه البيع و يأخذ تفاوت ما بين الصحيح و المعيب فإنه عليه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۷۷

السلام قد عبر بكلمه ثم علم بالعيب بعد قوله و أحدث فيه شيئا و هو ظاهر فى كون التصرف قبل الاطلاع على العيب كما هو واضح، و ككك بقيه الأخبار فإنها مختصه بالتصرف الذى كان قبل العلم بالعيب، نعم

فی روایه میسر و روایه عبد الملک ما یدل علی ذلک.

أما الأول: فما عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: کان علی علیه السلام لا یرد الجاریه إذا وطئت و لکن یرجع بقیمه العیب، فإنها مطلقه بالنسبه إلی التصرف الذی کان قبل العلم بالعیب أو بعده.

و أما الثانیه: فهی ما رواه عنه علیه السلام قال لا ترد الجاریه التی لیست بحبلی إذا وطئها صاحبها و له أرش العیب، و هی أیضا مطلقه بالنسبه الی ما بعد العلم و ما قبله.

و فیه أولا: أن هاتین الروایتین ضعیفتا السند فلا تصلحان لإثبات المقصود بعد اختصاص بقیه النصوص بما قبل العلم بالعیب.

و ثانیا: أن فی روایه حماد دلاله منطوقا علی ثبوت الأرش و سقوط رد إذا کان التصرف المسقط قبل العلم بالعیب و بمفهومها تدل علی سقوط الأرش و الرد معا إذا کان التصرف بعد العلم بالعیب و الروایه هذه روی الحماد فی الصحیح عن أبی عبد اللّه علیه السلام یقول: قال علی بن الحسین علیه السلام کان القضاء الأول فی الرجل إذا اشتری الأمه فوطئها ثم ظهر علی عیب أن البیع لازم و له أرش العیب، فان مفهوم هذه الروایه هو أن الأرش ساقط إذا کان التصرف فی المبیع المعیوب بعد العلم بالعیب، و بهذا نفید إطلاق روایه میسره و عبد الملک الدال علی عدم سقوط الأرش بالتصرف بعد العیب أیضا، و علی هذا الذی ذکرناه فیما ذکره ابن حمزه من کون التصرف بعد العلم بالعیب یکون مسقطا للرد و الأرش معا متین لعدم دلاله شیء علی ثبوته مع التصرف بعد العلم بالعیب.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۱۷۸

قوله: و منها التصرف فی المعیب الذی لم تنقص قیمته بالعیب کالبغلی الخصی

أقول: قد ذکر المصنف (ره) أن من جمله

ما يسقط به الأرش و الرد معا التصرف فى المعيب بالعيب الذى لا يوجب نقصا فى القيمه، و الظاهر أنه لا يناسب للمصنف أن يذكره فى المقام فان كلامنا فيما يكون بنفسه موجبا لسقوط الرد و الأرش لا فيما يكون موجبا لذلك بالضميمه بأن يكون شى ء موجبا لسقوط الردّ و شى ء آخر موجبا لسقوط الأرش و يضم أحدهما إلى الأخر فيحكم بكونهما موجبا لسقوط الردّ و الأرش و ما ذكره المصنف هنا ككّ حيث انه ضمّ التصرف الى العيب الذى لا يوجب نقص الماليه فجعلهما قسما مما يوجب سقوط الردّ و الأرش و الحال أنه ذكر التصرف مستقلا من مسقطات الرد و ذكر العيب الذى لا يوجب نقصا فى الماليه من مسقطات الأرش كما هو واضح و بعد ذلك لا وجه لضم أحدهما إلى الآخر هذا أولا.

و ثانيا: قد عرفت فيما تقدم أن مطلق نقص الشى ء عن الخلقه الأصليه ليس بعيب فى المبيع ما لم يوجب نقصا فى الماليه و القيمه و الّا لكان الختان أيضا عيبا فى العبد و عليه فما ذكره من المثال من كون التصرف فى البغل الخصى موجبا لسقوط الرد و الأرش ليس بصحيح حيث ان الخصاء ليس بعيب فى البغل أصلا لعدم تفاوت القيمه بذلك كما أنه فى العبد أيضا ليس بعيب لرغبه طائفه إلى الخصى و طائفه أخرى الى غير الخصى، نعم الخصاء فى مثل الفرس و نحوه يكون عيبا كما هو واضح.

و ثالثا: أنك قد عرفت فيما تقدم أن مطلق التصرف ليس بمسقط للعيب و انما المسقط انما هو التصرف الذى يوجب التغيير فى المبيع أو يكون مسقطا بالتعبد كوطى الجاريه و تقبيلها أو ركوب الدابه أو يكون

التصرف بنفسه مصداقا للإسقاط الفعلى كما هو واضح و الّا فلا دليل على كونه مسقطا له كما لا يخفى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۷۹

و نعيد هذا البحث لفائده احتماليه فنقول أنه إذا تصرف المشترى فى المبيع الذى كان معيوبا بعيب لا يوجب ذلك العيب نقصان القيمه كالخصى من البغل و نحوه، فهل يوجب ذلك الأرش و الرد أم لا، فذكر المصنف ان الأرش منتف لعدم تفاوت القيمه و الرد أيضا منتف للتصرف ثم ذكر أنه يشكل الأمر فيه بلزوم الضرر على المشترى بصبره على المعيب و أجيب بأنه ليس هنا ضرر مالى لعدم نقص فيه أصلا، بل لا ضرر هنا لأن الضرر عباره عن النقص فى المال و الأطراف و العرض فأى ضرر هنا يترتب على سقوط الردّ كما هو واضح.

و الصحيح أن يقال أن الخصاء و نحوه فى العبد و غيره بان لم يكن عيبا كما هو الظاهر على ما عرفت فلا شبهه فى أنه ليس هنا عيب فضلا عن ثبوت الخيار و الأرش حتى نبحث عن سقوطها بالتصرف فاصل موضوع الرد و الأرش منفى هنا و ان كان يصدق عنوان العيب على ذلك أما سقوط الأرش فواضح لعدم ثبوته أولا فضلا عن سقوطه بالتصرف فإنه عباره عن تفاوت ما بين الصحيح و المعيب و المفروض انتفاء التفاوت هنا كما لا يخفى.

و أما سقوط الرد فان قلنا بكون التصرف مسقطا للرد لكونه كاشفا عن الرضا بالعقد و إسقاطا عمليّا للردّ فيكون موجبا لسقوط الرد و كذلك إذا كان مسقطا على نحو التعبد و أما إذا لم يكن كذلك كما هو الظاهر ان التصرف مسقطا تعبدا فى موارد خاصه و أنه لا يكشف عن

الرضـا بالعقـد نوعـا كما عرفت فى جواب المصـنف سابقا فلا يكون التصـرف ح مسـقطا الخيار العيب فيكون ح إطلاقات ما دل على ثبوت خيار العيب محكمه هذا إذا قلنا بصدق العيب على مثل الخصى و نحوه، و اما مع عدم الصدق فقد عرفت.

نعم، إذا علم من القرائن الخارجيه أو بالصـراحه أن عدم كون العبد خصيّا انما هو شرط فى ضمن العقد أى اشترط المشترى على البائع عدم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۸۰

هذا الوصف فى ضمن العقد.

فـح لا شـبهه فى عـدم ثبوت الأرش أيضا لا من جهه عـدم تحقق التفاوت ما بين الصـحيح و المعيب كما عرفت، فإنه انما يجرى فيمـا إذا كـان العيب صادقـا على هـذا الوصف و كـان ممـا لا يوجب تفاوت الماليه لا فى المقام فان المفروض هنا عـدم صـدق العيب على هـذا الوصف و عـدم ثبوت خيـار العيب بعنوانه، بـل الخيار من جهه الاشتراط، لا من جهه أنه لا دليل على الأرش فى خيار الشرط و أما الرد فهو باق على حاله فإنه ثابت من جهه تخلف الوصف و المفروض أن التخلف موجود و سقوطه بالتصرف لاـ دليل عليه الّا إذا كان إسـقاطا عمليّا عنه، و هو منفى إلا إذا كانت قرينه على أن التصـرف إسـقاط عملى للخيار و رضاء بالعقد مطلقا و هو مطلب آخر.

فتحصل أنه لا دليل على سقوط الرد على فرض ثبوته لأجل خيار العيب أو لأجل تخلف الشرط.

قوله: و منها حدوث العيب فى المعيب المذكور،

أقول: قد ذكر المصنف أن اشكال لزوم الضرر على تقدير سقوط الأرش و الرد فى محله.

أقول: توضيح الكلام أنه إذا اشترى أحد معيبا بعيب لا يكون به قيمه السلعه ناقصه عن أصلها و حدث فيها عند المشترى حدثا

فهل يكون الأرش و الردّ ساقطا هنا أم لا؟ فنعيد الكلام الذى تقدم فى سابقه هنا بأدنى تفاوت.

و حاصله: أنه لا شبهه فى سقوط الأرش لما عرفت من أنه تضاد ما بين الصحيح و المعيب فى الثمن و المفروض أن العيب من العيوب التى لا توجب نقصان القيمه و أما سقوط الرد فقد عرفت أن عمده الدليل على سقوطه مع حدوث الحدث فى المعيب انما هو روايه زراره و مرسله الجميل و من الواضح أن موضوع سقوط الردّ فيها بالحدث انما هو العيب الذى يوجب الأرش

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۸۱

و لذا حكم الامام عليه السلام فيها فى فرض احداث الحدث بثبوت الأرش و سقوط الرد و هذا الموضوع منتف فى المقام فان المفروض أن العيب ليس مما يكون موجبا للأرش و كك مرسله الجميل و إذا لم تشمله روايه زراره فلا يبقى هنا مانع عن شمول الأدله الداله على سقوط خيار العيب هنا، فبناء على صدق العيب على مثل هذا الوصف يحكم بعدم ثبوت الأرش، و بثبوت الردّ كما هو واضح.

و اما إذا قلنا بعدم صدق العيب أصلا على مثل هذا الوصف فلا يثبت خيار العيب من الأول أصلا، نعم إذا قلنا باعتبار عدم مثل هذا الوصف فى المبيع من جهه قيام القرائن الخارجيه على اعتبار عدمه فى ضمن العقد أو اشترط عدمه فى العقد صريحا فإنه ح و ان لم يصدق العيب على وجود هذا الوصف و لكن مقتضى الاشتراط هو ثبوت الخيار مع التخلف فيكون الخيار هنا خيار تخلف الشرط دون خيار العيب.

و أما إحداث الحدث فهو لا يوجب سقوط خيار الشرط لعدم الدليل عليه الا إذا كان التصرف مسقطا

عمليّا له و من هنا ظهر أنه لا وجه لإثبات الخيار بالاستصحاب كما فى المتن لثبوته بأدله خيار العيب مع صدق العيب على ذلك الوصف و بالشرط الضمنى فى صوره الاشتراط كما هو واضح فافهم و عدم ثبوت الأرش ح أيضا واضح كما تقدم.

و أما ما ذكره المصنف من ان اشكال لزوم الضرر هنا فى محله لا وجه له لما عرفت أنه ليس هنا ضرر على المشترى أصلا فإنه عباره عن النقص فى المال أو الأطراف أو العرض و كل ذلك منفى هنا، ثم انه إذا ثبت الرد فأراد المشترى أن يرد المبيع إلى البائع فلا بدّ له من رده على النحو الذى أخذه كما هو مقتضى قانون الفسخ، فإنه يقتضى أن يرد المال المأخوذ من البائع على النحو الذى أخذه المشترى منه و الّا كان البائع متضرر منه و هو منفى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۸۲

و لا يكون ذلك معارضها بلزوم الضرر على المشترى مع عدم الرد لما عرفت أنه لا يلزم عليه ضرر من ذلك أصلا و حيث حدث فيه حدث و لم يقم بعينها فلا يمكن رده بعينه على النحو الذى أخذه من البائع فلا بدّ له أن يرده اليه مع الأرش و قد عرفت ذلك سابقا و عرفت أيضا الأرش هنا غير الأرش الذى يجب على البائع ان يعطيه المشترى على فرض ثبوته و سقوط الرد فإنه التفاوت من الثمن ما بين المعيب و الصحيح و هذا بخلاف الأرش هنا، فإنه عباره عن تفاوت القيمه ما بين المعيب و الصحيح، و لا تعرض له بالثمن أصلا، بل يجب بالفعل أن يقوم المبيع معيبا و صحيحا و يؤخذ تفاوت ما

بین الصحیح و المعیب، سواء طابق أصل الثمن أم لا؟ كما لا یخفی.

قوله: و منها ثبوت أحد مانعی الرد فی المعیب الذی لا یجوز أخذ الأرش فیه لأجل الربا.

أقول: من جمله ما یوجب سقوط الرد و الأرش ما ذكروا من التصرف فیما إذا كان الجنسان ربویان فان تصرف المشتری هنا یمنع عن الرد و الأرش الكلام هنا مبنی علی عدم كون التصرف مانعا من مطالبه الأرش كما إذا لم یكن موجبا لسقوط الأرش اما لكونه واقعا فی حال الجهل بالعیب أو لعدم كونه أی التصرف مما یمنع عن الرد و الأرش لعدم كونه مسقطا لهما كما تقدم و أما إذا لم تجز مطالبه الأرش مع التصرف فلا مورد لهذا الكلام أصلا ثم ان الكلام هنا، هو الكلام بعینه فی المسقط السابق اعنی حدوث العیب فی المعیب بعیب لا یوجب تفاوت القیمه أما بالنسبه إلی الرد فقد تقدم أن التصرف ان كان مسقطا للرد تعبدا أو كاشفا عن الرضا بالعقد و الا فلا وجه لسقوط الرد.

أما الإسقاط التعبدی فهو مخصوص بموارد خاصه كتقبیل الجاریه و ركوب الدابه فی خیار الحیوان و أما كونه كاشفا عن الرضا بالعقد فهو نزاع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۸۳

صغروی ففی أی مورد كشف التصرف عن ذلك فهو و الّا فلا دلیل علی سقوط الخیار.

و أما الحداث الحدث الذی هو قسم خاص من التصرف فقد عرفت أنه انما یوجب سقوط الرد فیما إذا كان المورد مورد ثبوت الأرش و الرد معا و المفروض ان المورد لیس كذلك لعدم ثبوت الأرش لوجود المانع عنه و هو لزوم الربا فلا یكون المورد مشمولا لدلیل سقوط الرد و ثبوت الأرش و هو روایه زراره و مرسله الجمیل إذا فلا وجه لسقوط الرد هنا أی فیما إذا كان العوضان

متجانسين و كان المبيع معيبا و تصرف فيه المشترى قبل العلم بالعيب مثلا.

و أما الأرش فقد ظهر مما ذكرناه أنه منفى للزوم الربا على الفرض بناء على قبوله، و الّا فقد عرفت عدم لزوم الربا فى ثبوت الأرش لعدم كونه جزء من الثمن و الّا كان البائع مشغول الذمه من الأول و لم يتوقف على مطالبه المشترى بل الأرش غرامه و من مستتبعات العقد كما لا يخفى، هذا ما يرجع الى أصل المسأله.

و لكن للعلامه هنا كلام آخر قد فسّره المصنف فيتفرق به هذا المقال عن سابقه حيث ذهبا الى وجود المانع من الرد أيضا و حاصل كلامهما يبتنى على مقدمتين:- الاولى: أن وصف الصحه فى الربويات لا تقابل بالمال لكونه مستلزما للربا فيكون موجبا لبطلان البيع من الأول و ذلك لأنه إذا باع جنسا بجنس كان كل منهما فى مقابل الآخر على نحو التساوى و إذا كان فى مقابل الوصف شىء الآخر فيلزم أن هذا الطرف زائدا عن الطرف الآخر فان الطرف الآخر قد وقع مقدار منه فى مقابل هذا الطرف، بخلاف العكس و يكون ما يؤخذ فى مقابل وصف الصحه زائدا على الطرف الآخر فيكون موجبا للربا، فيكون

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۸۴

البيع باطلا من الأول فوصف الصحه فى الربويات كوصف الكتابه فى غير الربويات فى عدم مقابلتهما بالمال.

المقدمه: الثانيه أن قانون الفسخ يقتضى ردّ كل عوض على مالكه على النحو الذى أخذه من مالكه فضم هذه المقدمه إلى سابقها ينتج أن التصرف فى الجنس الربوى المعيب يوجب سقوط الرد و الأرش معا و ذلك لأنه إذا رده المشترى فلا بدّ و أن يرد المبيع إلى البائع على النحو الذى أخذه

و قد فرضنا أنه حين ما أخذه من البائع لم يكن وصف الصحه يقابل بالمال و الّا لبطل البيع من الأول و حيث لم يقابل بالمال من الأول فلاـ يقابل بالمال حين الفسخ أيضا و من هنا يبطل التقابل مع اشتراط الزياده أو النقيصه فى أحد العوضين فإذا استرد المشترى الثمن لم يكن عليه الّا رد ما قابله من المبيع لا غير و السر فى ذلك أن معنى الفسخ و التفاسخ هو البطلان العقد الأول و إرجاع مال كل من المتعاملين الى صاحبه على النحو الذى أخذ منه و حيث لم يكن أحد العوضين زائدا عن الآخر فلا يجوز أن يكون زائدا بالتقابل أيضا و كذا فى الفسخ فإنه إذا لم يكن وصف الصحه مقابلا بالمال فى أصل العقد لا يكون كذلك حين الفسخ أيضا، و الّا فلا بدّ من التقابل بالمال من الأول فيلزم الربا على الفرض و على هذا فيسقط الرد و الأرش، أما الأرش فلما عرفت من كونه مستلزما للربا فلاـ يكون ثابتا و أما الرد فلانه ضرر على البائع بدون الأرش فيكون ساقطا و اذن فلا يثبت الردّ و الأرش فيما إذا كان المبيع معيبا و من الربويات و حدث فيه عيب عند المشترى.

و فيه أن ما أفاداه من عدم كون وصف الصحه فى الربويات مقابلا بالمال و ان كان صحيحا الّا أن الأمر كذلك فى غير الربويات أيضا فإن الأوصاف مطلقا سواء كانت أوصاف الصحه أو أوصاف الكمال و سواء فى الربويات أم فى غيرها و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۸۵

انما هى توجب زياده الماليه فقط، فهى واسطه فى ثبوت الماليه للموصوف و على هذا فلا مورد لكلام

المصنف و العلامه من أن الوصف من الأول لا يقابل بالمال فی الربويات لكونه موجبا للزوم الربا، و أما ردّ المعيب مع حدوث العيب فيه عند المشتری مع التفاوت فأيضا ليس من جهه كون وصف الصحه مقابلا بالمال، بل من جهه أن مقتضی قانون الفسخ هو رد كل من العوضين على مالكه على النحو الذی أخذه و من الواضح أن قيمه الصحيح أكثر من قيمه المعيب فلا بدّ و أن يردّه الى مالكه مع هذا التفاوت بمقتضی ضمان اليد، و لا يلزم الربا هنا فان ضمان المشتری التفاوت ما بين الصحيح و المعيب، ليس من جهه الضمان المعاملی، بل من جهه ضمان اليد، فإنه بعد فسخ المعامله فيكون عليه رد مال البائع اليه على النحو الذی أخذه بمقتضی اليد، فكأنه لم تحقق هنا معامله أصلا فكما أنه مع عدم تحقق المعامله فلا بدّ لمن وضع يده على مال الغير أن يرده اليه على النحو الذی أخذه لأن على اليد ما أخذت حتى تؤدی فكذلك فی المقام و الّا فلازم ذلك أنه لو غصب أحد مال غيره فزال وصف الصحه عنده أن لا يضمن ذلك بدعوى أن وصف الصحه لا يقابل بالمال، و هی بديهی البطلان، و لم يلتزم به أحد و على هذا فإذا رد المشتری العين المعيبه التی حدث فيها عيب عنده فلا بدّ له أن يرده مع الأرش أی مع التفاوت الواقعی ما بين الصحيح و المعيب و يكون المقام ح نظير المقبوض بالسوم إذا زال وصف الصحه عند الأخذ أو تلف فلا وجه لنفی كون المقام مثله كما ذكره المصنف.

ثم على تقدير التنزّل و الالتزام يكون الأرش مستلزما للربا بلزوم رد مثل

أو القيمه إذا أراد المشترى الرد و ذلک لأن الالتزام بعدم جواز الرد أصلا

ضرر على المشترى و الالتزام بجواز ردّه بدون الأرش ضرر على البائع فإنه لم يكن ماله حين إعطائه للمشترى معيوبا بالعيب الذى حدث عند المشترى و ردّه الى البائع مع الأرش مستلزم للربا و اذن فلا- بدّ من فرض ذلك المال كالتالف و إذا فسخ المشترى العقد لكون متعلقه هو العقد فتنتهى النوبه إلى البدل، و هو المثل أو القيمه و على الجمله فأولا- لا- وجه له لمنع الرد بدون الأرش من جهه لزوم الربا، بل يجوز الرد مع الأرش أى للمشترى أن يرد المبيع إلى البائع مع بذله تفاوت ما بين الصحيح و المعيب من غير أن يلزم الربا من ذلك و مع التنزل نقول بعدم سقوط الخيار و بجواز الفسخ، و لكن لا بدّ من ردّ المثل أو القيمه دون العين المعيبه لكونه مستلزما للضرر إذا كان بدون الأرش و ان كان معه فيلزم منه الربا كما لا يخفى.

قوله: و منها تأخير الأخذ بمقتضى الخيار.

اشاره

أقول: ظاهر الغنيه إسقاطه الردّ و الأرش بلا- خلاف كليهما و ذكر فى المبسوط و الوسيله سقوط الرد بالتأخير وحده و اختاره المصنف أيضا و فى الكفايه إطلاق الاخبار الدال على عدم السقوط و فى الحدائق و المسالك لا نعرف فيه خلافا و فى الرياض أنه ظاهر الأصحاب المتأخرين كافه.

و على الجمله، فالمسأله مورد الخلاف بين الفقهاء إذا كان التأخير مع العلم بالعيب فان الظاهر من الغنيه أنه ادعى عدم الخلاف فى سقوط الردّ و الأرش بالتأخير و لكن المبسوط صرّح بسقوط الردّ دون الأرش و فى الكفايه ادعى عدم الخلاف فى عدم سقوطها

بالتأخير و كذا فى الحدائق، و جعل ذلك أى عدم السقوط صاحب الرياض ظاهر المتأخرين من الأصحاب أقول:

يقع الكلام فيه من جهتين:-

الاولى: فى وجود المقتضى للرد و الأرش بأن الإطلاقات يقتضى ثبوتهما عند تأخير الردّ أم لا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۸۷

الثانيه: فى ثبوت المانع عن الأرش و الردّ و أنه على تقدير تماميه المقتضى للردّ و الأرش و ثبوت الإطلاق بالنسبه إليهما هل هنا مانع عن ثبوت الأرش و الرد أم لا؟

أما الجهه الثانيه [فى ثبوت المانع عن الأرش و الرد]

فالظاهر أنه لا مانع عن ذلك لأنه اما التصرف أو التأخير أما التصرف فلا يكون كاشفا عن الرضا بالعقد فضلا عن الرضا بالعيب إلا إذا قامت قرينه على ذلك فهو بعيد فى مورد البحث و ثبوت كونه مسقطا للردّ فى خيار الحيوان بمثل التقبيل و نحوه انما هو بالتعبد لا لأجل كشفه عن الرضا بالعقد كما لا يخفى.

و أما التأخير فهو أيضا لا يكشف عن الرضا بالعقد و العيب و ذلك لأن التأخير أولا انما يكون من دواعى مختلفه من المسامحه و نحوها و لا يختص بكونه عن الرضا بالعقد و من الواضح أن الأعم لا يدل على الأخص و على تقدير كونه كاشفه عن الرضا بالعقد فلا يكون كاشفا عن الرضا بالعيب و عليه فلا يكون دالا على سقوط الأرش أيضا و ان كان دالا على سقوط الرد كما هو واضح.

و أما الجهه الاولى [فى وجود المقتضى للرد و الأرش]

فبالنسبه إلى الأرش فلا كلام لنا فيه و لم يخالف فى ثبوته أحد و ان خالف صاحب الغنيه بالنسبه إلى مطلق الرد و الأرش و لكن لم يعتنى به أحد و ذلك لأن إطلاق ما دل على ثبوت الأرش محكم فلا قصور فيه فان ما دل عليه كروايه جميل و زراره ليس فيه أن الأرش مخصوص بالزمان الأول فقط، و إذا تأخر يكون خارجا عن مورد الإطلاقات، بل هى شامله لأول زمان الاطلاع على العيب و الزمان البعد أيضا كما هو واضح و أما ثبوت المقتضى بالنسبه إلى جواز الرد بعد الزمان الأول أيضا فذكر المصنف أنه أى جواز الرد مختص بالزمان الأول فقط، لأن الإطلاقات قاصره عن شمولها للزمان المتأخر فإنها ناظره إلى أصل جواز الرد لا إلى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷،

کيفيه و أمده.

و لکن يرد عليه أن الروايات الداله على ثبوت الردّ أيضا مطلقه بالنسبه إلى الزمان الأول و الزمان المتأخر لعدم قصورها عن الشمول لهما بوجه فان منها روايه جميل و قد ذکر الامام عليه السلام فيها بأن العين أن کانت قائمه بعينها فيجوز له الرد و لا شبهه فى إطلاقه إلى الزمان المتأخر عن زمان العلم بالعيب، و کذلک روايه زراره فإنه عليه السلام ذکر أنه أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبرء منه و لم يتبّه عليه و قد أحدث فيه شيئا فإنه يمضى عليه البيع فإنها تدل بمفهومها على أنه إذا جاز الردّ لعدم تحقق الأمور المذکوره جاز له ذلک مطلقا من غير أن يکون جواز الردّ مختصا بالزمان الأول و تشکيک المصنف فى الإطلاقات و تخصيص ذلک بأول زمان من الاطلاع على العيب قد عرفت جوابه.

و بعباره أخرى أن وجود المقتضى للردّ و عدم وجود المقتضى له مبنى على وجود الإطلاق لا دلاله خيار العيب و عدمه فان قلنا بثبوت الإطلاق لخيار العيب فلا شبهه فى وجود المقتضى لثبوت خيار العيب فى الزمان المتأخر عن الزمان الأول من أزمنه الاطلاع على العيب و ان لم يکن المقتضى موجودا أى لم يکن إطلاق لأخبار خيار العيب کان الکلام من صغريات تقدم الاستصحاب على العموم الدال على اللزوم بالنسبه إلى الأزمنه المتأخره و عدم تقدمه عليه أى المورد من موارد تعارض العموم و الاستصحاب، و قد تقدم فى خيار الغبن أن العمومات الداله على اللزوم منحله إلى الأفراد الطوليه حسب استمرار الأزمنه کانحلالها الى الافراد العرضيه أى العمومات انما تثبت الحکم الخاص لکل فرد خاص

من الافراد العرضيه و الطوليه و مع ذلك فلا يكون هنا مورد للاستصحاب بوجه كما هو واضح، فعلى تقدير عدم وجود المقتضى للخيار فلا مناص عن القول بلزوم العقد لكون العمومات محكمه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۸۹

و أما بناء على القول بتماميه المقتضى فلا شبهه فى تقدمها على العمومات و كونها مخصّصه لها كما هو الميزان فى تقدم كل خاص على كلّ عام و اذن فلا بدّ من التكلم فى أصل وجود المقتضى و عدمه و قد عرفت أنه تمام فى المقام فلا مانع من شمول الإطلاقات الداله على ثبوت الرد بالنسبه إلى الزمان الأول و الزمان المتأخر كما هو واضح.

ثم ان هنا حاشيه عجيبه للسيد (ره) فإنه ذكر فى ذيل عباره المصنف و هى قوله بناء على ما تقدم فى سائر إلخ، حيث ذكر أن العباره سقطا و هو عجيب، فان مراد المصنف من العباره واضح و هو سقوط الرد بناء على ما تقدم من أصاله اللزوم فلا سقط فى العباره.

قوله: مسأله: قال فى المبسوط.

أقول:

إذا كان البائع جاهلا بالعيب فهو و ان كان عالما بالعيب فهل يجب عليه إعلام المشترى بالعيب مطلقا أو لا،

ذكر فى المبسوط أنه إذا لم يبينه فعل محظورا أى محرما و عليه فيجب الاعلام مطلقا.

و الثانى: ما ذكره فى المبسوط أيضا أنه وجب عليه اما الإعلام أو التبرى من العيب.

و الثالث: استحباب الاعلام كما فى التذكره و الشرائع.

و الرابع: التفصيل بين العيب الخفى، فيجب فيه الإعلان دون الجلى فلا يجب فيه الإعلان و على الأول فاما يجب فيه الإعلان مطلقا كما هو ظاهر جماعه، أو مع عدم التبرى كما فى الدروس فالمحصّل من ظاهر كلماتهم خمسه أقول: و ذكر المصنف أن منشأ الأقوال الخمسه هو أن عدم بيانه عيب السلعه هل هو غش أم لا؟ و قد

تقـدم تحريم الغش فى المكاسب المحرمه، فذكر السـيد فى حاشـيته أن النسـبه الغش و النصح ليست من قبيل النقيضـين و لا من قبيل الضدين الذين ليس لهما ثالث، بل يمكن أن لا يكون الإنسان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۹۰

ناصـحا و لاـ غشـا كنوع الناس بالنسـبه إلى نوعهم فالساكت عن شـخص ليس ناصـحا له و لا غاشا و عليه فالبائع و ان كان عالما بالعيب، و لكن لا يجب عليه بيان العيب و إظهاره بأنه معيوب، بل انما يحرم عليه الغش و إظهار السلعه على نحو يتخيل المشترى أنه صـحيح و أما السـكوت عن ذلك فلا و للمشترى أن يدقّ النظر فى السلعه و يسأل من البائع أو من شخص آخر أن فى المبيع عيب أم لا.

كان الكلام فى بيع المعيب مع العلم بكونه معيبا فقد عرفت أن الأقوال فيه خمسه بالنسبه إلى الحكم التكليفى:

الأول: وجوب الاعلام مطلقا.

الثانى: وجوبه إذا لم يتبرء أو مع التبرى.

الثالث: استحباب الاعلام.

الرابع: التفصـيل بين العيب الجلى و العيب الخفى و على الثـانى يجب الإعلاـم امـا مطلقـا أو مع عـدم التبرى و أما مع كون العيب جليّا فلا يجب الإعلان فذكر المصنف أنّه يجب الاعلام من جهه أن عدمه إخفاء العيب فهو غش فالغش حرام على ما عرفت فى الجزء الأول من دلاله الروايات الكثيره على حرمه غش المسـلم فى البيع و الشراء و أنه ليس منا من غش مسلما و من الواضح أنه لا شـبهه فى صـدق الغش على عـدم بيان عيب المتاع و أورد عليه السيّد فى حاشـيته بان الغش مع النصح ليس من قبيل الضدين الذى لا ثالث لهما و لا من قبيل المتناقضين، بل هما من

قبيل العدم و الملكه، أو الضدين الذى لهما ثالث فإذا لم يناصح أحد أخاه فليس لازمه أن يكون غاشا، بل لا يكون غاشا و لا يكون ناصحا أيضا كأكثر الناس و من الواضح أن البائع إذا لم يبين عيب متاعه لا يلزم أن يكون غاشا، بل لا يكون غاشا و لا ناصحا، فان مجرّد بيع المعيب ليس غش و قد تقدم فى حرمه الغش جواز

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۹۱

بيع المعيب إذا كان ظاهرا كما فى صحيحه محمد بن مسلم هذا ملخص ما ذكره السيد فى المقام.

و لكن الظاهر أنه لا شبهه فى صدق الغش على بيع المعيوب مع السكوت عن عيبه و عدم التبرى منه و عدم كون العيب جليّا بحيث يظهر للمشترى أنه معيوب لا- أن يكون بحيث يكون ظاهرا لغير المشترى فإنه إخفاء العيب عن المشترى و لا يقاس ذلك بالشخص الثالث فإنه إذا سكت عن بيان العيب لا يكون غاشا و لا إذا سئل عنه و سكت فإنه ح يكون غاشا و هذا الوجه يمكن المناقشه فيه بأنه لا- معنى للالتزام بالوصف الخارجى إلّا رجوعه الى الخيار كما عرفت سابقا و هو ليس الا الحكم الوضعى و لا بدّ هنا ببيان و توضيح و حاصله أن بناء العقلاء قائم على أنه إذا سكت البائع عن بيان العيوب فى المبيع يكون سكوته هذا منجز له أنه حكم بصحه المبيع فهو كالتصريح بالصحه و يكون ذلك إخفاء فيكون محرّما كما هو واضح.

و الوجه فى ذلك ما عرفته سابقا من ان البائع بسكوته عن إظهار العيب فى المعيب يلتزم بسلامته بحسب بناء العقلاء و إذا سكت عن بيان العيب و لم يتبرأ

و لم يكن العيب جليّا فلا شبهه فى التزامه بسلامه المبيع عن العيب و ليس هذا الّا كالتصريح بأنه ليس بمعيب و اذن فيكون غاشا للمشترى.

نعم، إذا تبرأ من العيب فلا يكون منه ح التزام على الصحه و هكذا إذا كان العيب جليّا بحيث أن المشترى يراه لا بحيث لا يراه لغفله منه أو لا يلاحظه اعتمادا على أصاله الصحه كما هو واضح و المذكور فى الصحيحه من جواز بيع المعيوب و عدم كونه غشا انما هو فرض كون العيب جليّا فلا تكون الصحيحه مدركا للسيد و اذن فالصحيح هو القول الثانى أعنى وجوب الإعلان مع عدم التبرى فيما يكن العيب جليّا للمشترى، هذا بالنسبه إلى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۹۲

الحكم التكليفى.

و أما بالنسبه إلى الحكم الوضعى أعنى بطلان البيع بالغش و عدم بطلانه ففى جامع المقاصد أنه ينبغى بطلان البيع فى مثل شوب اللبن بالماء لأن ما كان من غير الجنس لا يصح العقد فيه و الآخر مجهول الا أن يقال أن جهاله الجزء غير مانعه ان كانت الجمله معلومه كما لو ضم ماله و مال غيره و باعهما ثم ظهر البعض مستحقا للغير فان البيع لا يبطل فى ملكه و ان كان مجهولا قدره وقت العقد، انتهى. فلا بدّ من التكلم فى أقسام المعيوب ليتضح كلام جامع المقاصد فى أى مورد، أقول: توضيح المسأله أن الغش تاره يكون من المزج و أخرى من غير المزج فالمزج على أقسام أربعه:

الأول: أن يكون المزج على نحو يكون الخليط مستهلكا فى الشى ء المخلوط كمزج الماء باللبن على نحو لا يخرج اللبن عن حقيقته، بل يصدق عليه الحليب عرفا.

الثانى: أن يكون اللبن مثلا مستهلكا فى

الآخر أی فی الخليط بحيث لا يصدق عليه اللبن عرفا، بل يقال انه ماء قد امتزج فيه مقدار من اللبن.

الثالث: أن لا- يبقى عنوان كل من الممتزجين بعد الامتزاج بل يتشكل هنا عنوان ثالث و حقيقه ثالثه كمزج الخل بالسكر فإنه يوجب تشكيل حقيقه أخرى غير الخل و السكر و يقال له السكنجبين.

الرابع: أن لا- يستهلك أحدهما فی الأخر بعد الامتزاج كخلط التراب فی الحنطه على نحو لا يصدق عليه أنه تراب أو حنطه أو شی ء ثالث، بل يقال أنه حنطه و تراب فهل يصح البيع فی جميع هذه الصور أو يبطل فی جميعها أو يفصل؟

فنقول: أما إذا كان الغش من عيب آخر غير المزج و الخلط فالظاهر هو صحه البيع مع الخيار، فإن البائع قد التزم بحسب بناء العقلاء على صحه المبيع و كونه واجدا لوصف الصحه و قد عرفت سابقا أنه لا معنى للالتزام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۹۳

بالوصف الخارجی إلا- تعليق البيع على وجوده و لزوم البيع على تقدير وجوده فحيث كان الأول باطلا مع كون المفروض هو صحه البيع فيتعين الثانی فيكون البيع صحيحا مع الخيار و ان كانت المعامله حراما تكليفا و على هذا فلا شبهه فی صحه البيع كما هو واضح، و قد عرفت سابقا أن خيار العيب على طبق القاعده و الاخبار الوارده فيها وردت على طبق القاعده.

و أما إذا كان الغش من جهه المزج فان كان المزج من قبيل القسم الأول بأن يكون الخليط مستهلكا فی المبيع كشوب الماء فی اللبن كان البيع صحيحا لتحقق الصوره النوعيه العرفيه و هو عنوان اللبن الذی هو مبيع غايه الأمر يكون له خيار العيب أو خيار تخلف الوصف

و هذا واضح و ان كان المبيع مستهلكا فى الخليط كأن لا يصدق عنوان المبيع على الشى ء الموجود الخارجى بأن كان الماء فى اللبن بحيث لا يصدق عليه عنوان اللبن و انما يصدق عليه عنوان الماء الذى امتزج فيه اللبن و على هذا فلا شبهه فى بطلان البيع لتخلف الصوره النوعيه المعتبره فى صحه البيع الواقع على العين الخارجيه على ما ذكرناه مرارا فان ما وقع عليه البيع غير موجود و ما هو موجود لم يقع عليه البيع و من هنا يظهر حكم القسم الثالث من الاستهلاك فان الامتزاج قد أوجب تحقق عنوان ثالث لم يقع عليه البيع كما هو واضح.

و أما القسم الرابع: فهو مركز الاختلاف و مورد كلام جامع المقاصد من الحكم ببطلان البيع للجهاله أو عدم بطلانه و أما الأقسام المتقدمه فليست موردا لذلك لما عرفت من أنها اما صحيحه مطلقا مع الخيار أو باطله كذلك و الصحيح هو الحكم بصحه البيع فى الجزء الذى وقع عليه البيع و بالبطلان بالنسبه إلى الجزء الآخر الذى لم يقع عليه البيع كما إذا باع منين من الحنطه فظهر أحدهما ترابا و المن الآخر حنطه بحيث يصدق على كل منهما أنه حنطه أو تراب، فلا وجه لصحه البيع فى المجموع فان المفروض أن نصفه لم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۹۴

يقع عليه البيع و لا وجه للقول بالبطلان فى المجموع لأن المفروض أن نصفه مما وقع عليه البيع فيحكم بالصحه فى النصف و بالبطلان فى النصف الآخر كما هو مقتضى انحلال المبيع الى مبيعات متعدده و انحلال البيع الى بيوع عديده غايه الأمر يثبت للمشترى خيار تخلف شرط الانضمام و تبعض الصفقه خصوصا إذا

كانت الهيئه الاجتماعيه دخيله فى ماليه المبيع أو فى غرض المشترى كما هو واضح.

ثم ان هنا اشكالا آخر و هو أن المبيع ح يكون مجهولا فيكون البيع باطلا للجهاله لعدم العلم بأن الحنطه هنا أى مقدار و فيه انك قد عرفت فيما سبق فى اعتبار الوزن و الكيل فى المكيل و الموزون أنه إذا كانت الجمله معلومه فيصح البيع و ان لم تكن الأجزاء معلومه و لا دليل على اعتبار العلم بالعوضين أزيد من ذلك.

فى اختلاف المتبايعين

اشاره

قوله: مسائل فى اختلافى المتبايعين.

أقول: توضيح الكلام هنا أن الاختلاف يقع فى صور ثلاثه فإنه تاره يقع فى موجب الخيار و أخرى فى مسقطه و ثالث فى الفسخ.

أما الصوره الأولى [الاختلاف فى موجب الخيار]

اشاره

ففيه مسائل:

الاولى: لو اختلفا فى تعيب المبيع و عدمه مع تعذر ملاحظته لتلف أو نحوه

فذكر المصنف أن القول هنا قول المنكر بيمينه و المراد منه هو البائع غالبا لأن الأغلب أن المشترى يدعى العيب و البائع ينكره.

و توضيح الكلام هنا أنه إذا اختلف البائع و المشترى فى تعيب المبيع بأن يختلفا فى كون المبيع معيوبا قبل العقد و عدمه بحيث فعلا أى بعد

العقد أيضا لم يثبت كون المبيع معيوبا فهذا لا يخلو عن صور:

الاولى- أن يكون المبيع قبل العقد معيوبا و لكن يدعى البائع زوال العيب و عدم بقائه إلى زمان العقد، فح فالأصل بقاء العيب الى زمان العقد فوقوع العقد محرز بالوجدان و بقاء العيب الى زمان العقد محرز بالأصل فيتم الموضوع المركب فيترتب عليه الحكم و على هذا فالقول قول المشترى الذى يدعى كون المبيع حال العقد معيوبا و لا بدّ للبائع من إثبات أنه لم يقع العقد على المبيع المعيوب، و ح فيحلف المشترى و ان كان المبيع قبل العقد سالما عن العيب و لكن يدعى المشترى تعيبه حين العقد و أن العقد انما وقع على المعيب دون الصحيح و ح فالقول قول البائع لأصاله بقاء المبيع على حالته الأوليه و ح فيحلف البائع فلا بدّ

للمشترى أن يثبت أن المبيع كان معيوبا كما هو واضح.

و إذا لم تكن له حاله سابقه أو كانت و لكن تبادلت الحالتان بحيث كانت تبادل الحالتين مانعه عن جريان الاستصحاب كما ذهب اليه صاحب الكفايه أو لم تكن مانعه عن جريان الاستصحاب فى نفسه و انما سقط للمعارضه فح بناء على ما ذكرنا من جريان الاستصحاب فى الاعدام الأزليه فنرجع الى الاستصحاب العدم الأزلى فنقول أن طبيعى البيع و ان تحقق

فى الخارج مسلما و لكن نشك فى وقوعه على ما به عيب أو عوار الذى هو موضوع الحكم فى خيار العيب على ما هو مقتضى روايه زراره و نقول الأصل عدم وقوع العقد على ما فيه عيب أو عوار و يكون ذلك مثل نفى الوصف عن المرأه القرشيه لا نفى أصل الموضوع لأن طبيعى البيع محقق فى الجمله فى الخارج و بهذا الأصل أيضا نثبت عدم وقوع البيع على المعيب فيثبت به موضوع الحكم و على تقدير التنزّل من ذلك و عدم جريان الاستصحاب العدم الأزلى فتنتهى النوبه إلى الأصل الحكمى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۹۶

و نقول انه ثبت بالأدله القطعيه و القواعد العامه أنه لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه و من الواضح أن مال المشترى و هو الثمن قد صار مال البائع بالمعامله فنشك فى أنه هل يكون مال المشترى أيضا أم لا، فنقول الأصل عدمه فنستصحب مالكيه البائع أو نتمسك بالعمومات الداله على حرمه التصرف فى مال الغير كما هو واضح.

و لكن يمكن المناقشه فى ذلك من جهه أن التمسك بالعمومات تمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه حيث نشك فى أن الثمن بعد الفسخ من مال البائع أم لا، فلم نحرز كونه من مال البائع حتى نتمسك بالعام بل هو مشكوك أو أما استصحاب الملكيه أى ملكيه البائع بعد الفسخ فهو شبيه بالاستصحاب فى الشبهات الحكميه.

أما وجه عدم كون ذلك من الاستصحاب فى الشبهات الحكميه هو أن الشك فى الشبهات الحكميه انما هو من ناحيه الشك فى الحكم الشرعى للشى ء و هل أن حكمه أى شى ء و من الواضح لا نشك هنا فى الحكم إذ مع كون المبيع معيوبا فحكمه

معلوم و هو ثبوت خيار العيب للمشترى و مع عدم كونه معيوبا فلا خيار له فلا نشك فى الحكم الشرعى، بل لا ندرى أن الموضوع هو معيب أم لا.

و أما وجه كونه شبيها بالشبهات الحكميه فمن جهه أنه لا يعلم أن المبيع كان صحيحا فتكون الملكيه الحاصله هنا مطلقه لأن ما اشترط فيه من وصف الصحه بحسب بناء العقلاء قد تحقق فى المبيع أم لا، بل كان معيبا بان لم يكن الوصف المذكور موجودا هنا فيكون الشك فى ذلك منشئا للشك فى كون الملكيه المجعوله مطلقه أم لا فتكون شبيهه بالشبهات الحكميه حيث نشك أن ملكيه البائع مجعوله على نحو الإطلاق أو كانت مقيده بعدم كون المبيع معيوبا فيكون مخدوشا و العمده ما ذكرناه من التمسك بالأصل الموضوعى و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۹۷

هو استصحاب العدم الأزلى.

و أما الاعتماد على أصاله الصحه و السلامه على ما ذكره المصنف فيما تقدم و فيما يأتى أشار إليها السيد فى حاشيته فلا وجه له، فإنه لا دليل على اعتبار أصاله السلامه أصلا، فإنه لم يقم بناء من العقلاء على أن الأصل فى الأشياء هو السلامه و لم نعلم مثل هذا البناء من العقلاء، بل لا معنى له أصلا فأى معنى لالتزامهم على أن الأصل فى الأشياء السلامه.

نعم، بناء العقلاء قائم و موجود على كون المبيع سالما من العيوب عند البيع بمعنى أن البائع التزم بحسب بناء العقلاء على أن يكون المبيع سالما عن العيوب و مع عدم السلامه فيكون للمشترى خيار تخلف الشرط كما هو واضح.

و أما الصوره الثانيه فهى أن يكون الاختلاف فى كون الوصف الموجود فى المبيع عيبا أم لا،

بأن يدعى المشترى كونه عيبا و يدعى البائع عدم كونه عيبا و لم يجد فى البين أهل الخبره حتى يرجع

اليه و ح فالأصل أيضا مع البائع و أنه عدم كونه عيبا و اذن فيحلف البائع على ذلك فلا يكون للمشترى حق الرد و حق مطالبه الأرش و ان كان البائع يعترف بكونه نقصا فى المبيع و أن قيمه المبيع يقل بهذا الوصف و لكن ينكر كونه عيبا بحيث يثبت له الأرش فإنه ثابت فى فرض كون المبيع معيبا و أما مجرد فقدان وصف يوجب نقصان القيمه فلا يكون عيبا فيكون له أى للمشترى خيار من جهه النقصان و لا يكون له الأرش كما هو واضح.

و قد عرفت سابقا أن مثل الصبغ و الخياطه و قطع الثوب و طحن الحنطه يوجب نقص القيمه لعدم كون الناس راغبين بها على النحو الذى يرغبون الصحيح منها و لكن مع ذلك فتلك الأوصاف ليست بعيب فى المبيع، بل أوصاف توجب نقص القيمه فله أى للمشترى رد المبيع فقط، و ان أنكر البائع كون الوصف كذلك أيضا بأن أنكر كونه أى الوصف موجبا لنقص القيمه أيضا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۹۸

فيكون مثل إنكاره أصل كونه عيبا فالأصل عدمه فيكون القول قول البائع فيحلف و للمشترى الإثبات و هذا واضح.

و أما الصوره الثالثه: فهى أن يكون المبيع معيوبا فعلا و بعد العقد و لكن وقع الاختلاف فى كون العيب قبل العقد أو بعده

و على تقدير اتفاقهما على حدوث العيب بعد العقد يقع الاختلاف فى أنه وقع فى حال ضمان البائع أو لا بان وقع العيب قبل القبض أو فى زمان الخيار أم لا فذكر المصنف هنا أن القول قول منكر تقدمه للأصل.

و لكن هذا الصوره بعينها راجعه إلى الصوره الأولى و هى أن يكون الاختلاف فى كون العقد واقعا على المعيب فان معنى الاختلاف فى تعيّب المبيع بالعيب المعلوم الذى هو موجود بالفعل فى ملك المشترى و فى ضمنه أولا

هو أن المبيع كان معيوبا قبل العقد أم لا، فيكون ذلك بعينه هو الوجه الأول كما هو واضح فتجرى فيه الوجوه المتقدمه،

و من جميع ما ذكرناه ظهر لك أنه لا وجه لكون تاريخ أحدهما من التعيّب و وقوع العقد على المعيب معلوما أو مجهولا، ليجرى الاستصحاب فى مجهول التاريخ دون معلومه و ذلك لما عرفت أن موضوع الحكم فى ترتب أحكام المعيب عليه من الرد و الأرش انما هو العيب و العوار و من الواضح أصاله عدم وقوع البيع على المعيب الى زمان العقد لا يثبت وقوع العقد على المعيب فإنها بالنسبه إلى موضوع الحكم و هو العيب أو العوار مثبت كما هو واضح.

و الحاصل: أن الوجه الثالث يرجع الى الوجه الأول فإن مرجع ذلك الى وجود العيب فى المبيع و عدمه و لا اعتناء بتقدم تاريخ أحدهما على الآخر و عدمه كما هو واضح.

و ذكر المصنف عن المختلف انه حكى عن ابن الجنيد أنه ان ادعى البائع أن العيب حدث عند المشتري حلف المشتري ان كان منكرا و ذكر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۱۹۹

المصنف و لعله لأصاله عدم تسليم العين إلى المشتري على الوجه المقصود و قد ذكر ذلك فى البحث عن خيار الرؤيه و الأصل عدم استحقاقه الثمن كلا و عدم لزوم العقد نظير ما إذا ادعى البائع تغير العين عند المشتري و أنكر المشتري.

أقول: قد ذكرنا فى البحث عن خيار الرؤيه.

أما ما ذكره من أصاله عدم لزوم العقد فلم نفهم له معنى محصّلا أصلا فإنه ان كان المراد من ذلك هو الاستصحاب فلا شبهه أن مقتضاه هو اللزوم و ان كان المراد من ذلك هو المطلقات أى الأصل اللفظى فلا شبهه

أن المطلقات تقتضـى اللزوم فلا مورد لدعوى أصاله عدم اللزوم و مع قبول ذلك و أن الأصل هو عدم اللزوم و هو أصل حكمى فيرتفع موضوعه بواسـطه الأصل الموضوعى الجارى فى مورده و هو أصاله عـدم كون المبيع معيبا و أصاله عـدم وقوع العقـد أى هـذا العقـد الشخصـى على المعيب الـذى هو موضوع عـدم اللزوم و قـد عرفت أنفا أن العـدم الأزلى يجرى فى المقام و يحرز به موضوع عدم الخيار كما هو واضح.

و أما أصاله عدم استحقاق البائع الثمن و فيه أنه بديهى البطلان فإن البائع يستحق الثمن على كل تقدير أى سواء كان المبيع معيبا أم لا ضروره أن الأرش انما هو ثابت بمطالبه المشترى فلا معنى لأن لا يكون البائع مستحقا للثمن كما هو واضح.

و أمـا أصـاله عـدم تسـليم العين إلى المشترى على الوجه المقصود فلاـ وجه له أيضـا لأـن الأصـل لاـ يجرى فى المركب بمـا هو مركب إذا جرى فى اجزائه.

و قـد عرفت أن الأصل هو عـدم كون المبيع معيبا و الأصل هو عـدم وقوع العقـد على المعيب و مع ذلك فلا وجه لجريان أصاله عدم تسليم العين إلى المشترى على الوجه المقصود و مع الغض عن جميع ذلك فقد عرفت أن مرجع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۰۰

الوجه الثـالث الى الوجه الأول من كون الشك فى كون المبيع معيبا قبل العقـد أم لا، و الأصل فى ذلك مع البائع أى عـدم كونه معيبا فيكون المشترى مدعيا.

و قد عرفت أن المصـنف قد حكى الاتفاق على كون البائع منكرا هناك و كون المشترى مدعيا و لم ينقل الخلاف عن أحد، بل نقل الوفاق عن ابن الجنيد أيضا و مع ذلك فلا

وجه له لجعل المشتری منکرا و البائع مدعیا، و جعل المسأله محلّ الخلاف بین الأصحاب، و تحصل أنه لا وجه للأصول المذکوره فی المقام.

و أما وظیفه الحاکم و أنه ما إذا یفعل إذا اختلف البائع و المشتری فی ذلک، فنقول قد یکون لکل من البائع و المشتری بیّنه علی غرضه، و قد یکون البیّنه لأحدهما دون الآخر و قد لا یکون لأحد منهما بینه.

أما الصوره الاولی: و هی ان تکون البینه لکل منهما فهل تعارض بیّنه کل منهما مع بینه الآخر فتسقطان أو یتقدم بینته الداخل و هو الذی یکون قوله موافقا للأصل و یسمی من یکون قوله موافقا للأصل داخلا، فإن الأصل یقتضی أن یکون المال له أو یقدم بیّنه الخارج و هو الذی لا یکون

قوله موافقا للأصل و هو المدعی

فنقول مقتضی الإطلاقات الوارده فی حجیه البینه و ان کانت شامله لحجیه کل من البینتین و علیه فمقتضی القاعده هو سقوطهما عن الحجیه و لکن مقتضی التأمل قوله علیه السلام إنما أقضی بینکم بالأیمان و البینات مع التأمل فی قولهم علیه السلام البینه للمدعی و الیمین لمن أنکر هو تقدم بینه الخارج، و هو بینه المدعی علی بینه المنکر و هو بیّنه الداخل کما هو المعروف و المشهور فان الظاهر من ملاحظه تلک الأدله هو أن الحکم للمدعی انما هو بالبینه و أن الحکم للمنکر انما هو بالیمین، فإن الروایه الأولی خصّت القضاوه بالایمان و البیّنات و الروایه الثانیه فسّرت ذلک و خصّت البینه للمدعی و خصّت الیمین بالمنکر، و ان حسم النزاع انما یکون

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۲۰۱

بذلک و مقتضی الجمع بین الروایتین أی ضم إحداهما إلی الأخری ینتج

أن اقامه البينه انما هو وظيفه المدعى و الحلف انما هو وظيفه المنكر و عليه فلا وجه للحكم بتساقط البينتين فيما إذا أقاما بيّنه، بل لا بدّ من الحكم بتقديم بينه الخارج اذن فتكون الروايات مخصّصه لما دل على حجيه مطلق البينه.

نعم، ورد فى جمله من الروايات أن بيّنه ذى اليد تتقدم على بينه غيره فتكون هذه الروايات شاهده على تقديم بيّنه الداخل و لكن الظاهر أنه لا شهاده فيها على ذلك فإن جهه تقديم بيّنه ذى اليد على غيره ليس بعنوان البينه فقط، ليكون الملاك فى التقديم هو كونها بيّنه الداخل بل لكون اليد بنفسها أماره الملكيه فتكون مع قيام البينه على وفقها متقدمه على البينه القائمه على الخارج فنفس اليد تقتضى تقديم قول ذى اليد مع البينه.

و بعباره أخرى البيّنه أماره و اليد أيضا أماره فلذى اليد أمارتين فتكون مقدمه على بينه الخارج التى أماره واحده و على هذا فلا شهاده فيها على تقديم بينه الداخل على بينه الخارج، كما هو واضح.

و أما إذا كانت البينه للخارج فقط و هو المدعى فلا شبهه للعمل بها كما هو واضح، و قد عرفت أن الحكم بالبينه انما هو للمدعى و أن إقامه البينه من وظائفه.

و أما إذا كانت البينه للمنكر فقط فهل يحكم له مع البينه من غير احتياج الى الحلف أو لا بدّ و أن يحكم له بالحلف فقد ظهر مما تقدم أن الحكم للمنكر انما هو باليمين فلا بدّ و أن يحلف و إذا حلف فيحكم له و يختم الدعوى.

و أما إذا لم تكن لكل منهما بينه فلا شبهه فى أنه انما يحكم للمنكر مع الحلف و أما بدونه فلا فإنك قد عرفت

أنه مع إقامه البينه لا يحكم له الّا باليمين، فكيف إذا لم تكن له بينه، هذا كله بالنسبه إلى وظيفه الحاكم.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۰۲

و قد انتهى الكلام إلى صوره عدم قيام البينه من طرف البائع و من طرف المشترى و أن البائع المنكر لوجود العيب فى المبيع كيف يحلف، و توضيح الكلام أن البائع تاره ينكر على نفى العيب فى الواقع بأن يدعى المشترى أن المبيع كان معيبا فى الواقع و البائع ينكره فالبائع ح يحلف و يحسم النزاع و ترتفع الدعوى حقيقه و فى الواقع و بعد ذلك لو أقام المشترى بيّنه على كون المبيع معيوبا حين العقد فلا تسمع إذ الحلف قد قطع النزاع واقعا و سقط حقه قطعا كما أنه ليس للمشترى أخذ الأرش من البائع بعنوان الأرش و لو على سبيل التقاص، فان الحلف أسقط حقه و لو كان على خلاف الواقع يكون البائع مشغول الذمه على المشترى و أما إذا كان المشترى عالم على كون الحلف على خلاف الواقع أو إقامته البينه على ذلك لا يجوّز صحه التقاص أو الأخذ من البائع قهرا عليه الّا أن يكذب البائع نفسه فى إنكاره فح يجوز للمشترى فسخ العقد و أخذ الثمن أو أخذ الأرش فقط، و لو لم ينكر البائع العيب الواقعى و لا يقول بأن المبيع ليس بمعيوب واقعا بأن ينفى البائع العلم على كون المبيع معيوبا و يقول لا أدرى فهل يتوجه عليه الحلف؟ ح و إذا حلف فهل ينحسم النزاع بذلك الحلف واقعا أيضا مثل الأول أو لا، هذه جهه من الكلام فى صوره نفى العلم بالعيب.

و الجهه الثانيه: أنه إذا لم يكن حلفه هذه موجبا

لحسم النزاع واقعا و إسقاطه فهل يكون موجبا لحسم النزاع ظاهرا أم لا؟

أما الجهه الاولى: فلا شبهه ان الحلف على نفى العلم بالعيب لا يوجب إسقاط النزاع واقعا بحيث لا يكون للمشترى حق أخذ الأرش من البائع حتى مع العلم بكذبه و السرّ فى ذلك أن ما يدعيه المشترى غير ما ينكره البائع فإن المشترى يدعى أن المبيع معيوب فى الواقع و البائع لا ينكره، بل ينكر العلم و يقول انى قد اعتمدت فى البيع على أصاله السلامه أو الاستصحاب

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۰۳

أو بإخبار شخص آخر بالصحه و نحو ذلك و ليس له ان يقال بحجيه الاستصحاب فنعمل بمقتضاه و الوجه فى ذلك أن الاستصحاب ليس ناظرا الى الواقع، بل هو يبيّن وظيفه المكلف فى الظاهر فيعمل بمقتضاه فى الظاهر دون الواقع بخلاف الامارات و المشترى أيضا لا يدعى أن البائع يعلم كون المبيع معيوبا فى الواقع و على هذا فلا يكون حلف البائع على عدم علمه بالعيب، موجبا لإسقاط دعوى المشترى و عليه فلو علم بالعيب واقعا جاز له أخذ الأرش تقاصا من البائع و بعد ما أقامت بينه جاز له أخذ الأرش أو الثمن على تقدير الفسخ من البائع إذا كان من الأول مخيرا بين الفسخ و الأرش و الا فأحدهما على سبيل مانعه الجمع.

نعم إذا كان المشترى ادعى علمه بالعيب فحلف البائع بعدم العلم يسقط دعواه حقيقه و واقعا الا أن يكذب البائع نفسه فى حلفه كما هو واضح.

و على الجمله فلا تنقطع الخصومه بالحلف إلّا إذا كان متعلقا بنفى الواقع و الّا فلا يوجب قطع الخصومه كما هو واضح هذا هو الذى تقتضيه القواعد على ما ذكره

المصنف (ره).

قوله: فرع لو باع الوكيل فوجد به المشترى عيبا يوجب الرد.

اشاره

أقول: ذكر المصنف هذا الفرع فى المقام غير مناسب، بل له أن يؤخره إلى أحكام الخيارات و ذلك لأنه غير مختص بخيار العيب، بل يجرى فى خيار الغبن و الرويه و المجلس و غير ذلك من الخيارات.

و مسأله الاختلاف فى التقدم و التأخر فى خيار العيب لا توجب اختصاصها بالمقام، و انما هى من صغرياته و لكن حيث ذكرها المصنف، فنحن نتّبعه أثره و توضيح المقام أنه إذا وقع البيع فى الخارج و وقع الخلاف المتقدم فيه من حيث كون المبيع معيبا أو غير معيب فتاره يقع البيع من الأصليين ثم ادعى المشترى العيب فى المبيع و ينكره البائع فهذا هو الذى تقدم الكلام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۰۴

فيه.

و أخر يكون المشترى مثلا أصلا و البائع وكيلا و ح فالوكيل قد يكون وكيلا فى البيع حدوثا و بقاء و قد يكون وكيلا فى البيع حدوثا فقط لا بقاء.

و على الأول فإذا ادعى البائع كونه وكيلا من قبل الموكل فح قد يعلم المشترى بالحال و يعلم أنه وكيل من قبل الموكل حتى حين العقد و قد لا يدرى بذلك و انما البائع يدعى كونه وكيلا من قبل البائع بعد ادعى المشترى فى كون المبيع معيوبا أما إذا كان الوكيل وكيلا حدوثا و بقاء.

فتاره يعلم البائع بوكالته و أخرى لا يدرى ذلك كما عرفت و على الأول فللبائع أن يرجع الى أى منهما شاء من الموكل أو البائع فإن كل منهما طرف الدعوى أما المالك الموكل فلكونه مالكا و أما الوكيل فلان المال تحت يده و له التصرف فى ذلك كالوكيل فى المضاربه و هو بمنزله المالك فى جميع الأحكام المترتبه على البائع

و على هذا فإن أنكر كل من الوكيل و الموكل كون المبيع معيوبا فتجرى هنا الأحكام المتقدمه فللمشترى ان يحلف الوكيل على ذلك أو الموكل، فأى منهما حلف سقط حق المشترى فى الظاهر واقعا كما عرفت، فإذا أنكر أحدهما العيب و لكن اعترف الآخر بذلك فان كان المعترف هو المالك فواضح، و ان كان هو الوكيل فكذلك أيضا، فإنه ليس أجنبيا عن الموكل حتى يكون اعترافه اعترافا فى حق الأجنبى، بل كان اعترافه اعترافا فى حق المالك فان يد الوكيل هو يد المالك، هذا إذا كان الوكيل وكيلا عن المالك حدوثا و بقاء مع علم المشترى بكونه وكيلا عن المالك كذلك و أما إذا لم يعلم المشترى بالحال و انما البائع بعد مراجعه المشترى إليه يقول انى وكيل من قبل الفلان فتاره يقطع المشترى بأن البائع يكذب و يمنائه ان يرفع الدعوى الى شخص آخر و أخرى لا يعلم بكذبه.

و على تقدير عدم العلم بكذبه و الموكل أيضا يعترف بكونه وكيلا من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۰۵

قبله فى بيع ذلك فله أن يرجع الى الوكيل و الى الموكل أما الى الوكيل فبمقتضى اليد فإن المشترى يقول انى اشتريت المال منك و مقتضى يدك أن يكون ملكا لك فلا بدّ أن تكون أنت طرفا للدعوى و له أن يرجع الى الموكل بحسب اعترافه أى الموكل بكون الوكيل وكيلا من قبله و على هذا فإن أنكر فيجرى فيه ما تقدم و ان أنكر الموكل و اعترف الوكيل بالعيب فيرجع المشترى الى الوكيل فى أخذ الأرش أو الثمن على تقدير الفسخ و عليه فيشكل هنا دعوى اخرى و هى أن الوكيل يدعى على الموكل أنه كان

يعلم أيضا بالعيب و الموكل ينكره فيجرى هنا ما تقـدم من الحكم على المدعى بالبيّنه و عدمها يحلف الموكل و ينحسم النزاع و هذا واضح.

و إذا علم المشترى و قطع بـأن الوكيـل كـاذب فى دعواه سواء اعترف الموكـل بكونه وكيلا من قبله أم لا، فـح ليس للمشترى الّا الرجوع فى دعواه الى الوكيـل و ان اعترف الموكـل بـالعيب و أنكره الوكيل فإن المشترى بحسب اعتقاده بحسب الموكل أجنبيا فليس له أن يرجع الى الموكل ح، نعم يكون الموكل مع الاعتراف بالعيب شاهدا واحدا للمشترى على إثبات دعواه.

و أما إذا كان الوكيل وكيلا فى البيع حـدوثا لا بقاء فيرجع الى الموكل فقط، دون الوكيل فان الوكيل و ان كان وكيلا فى البيع و لكنه حين الـدعوى صـار أجنبيـا فيكون اعترافه بالعيب حين العقـد كقول الأجنبى بـذلك فيكون شاهـدا واحـدا للمشترى و هـذا واضح، كما عرفت نظير اخبار شخص بنجاسه ثوب كان عنده فإنه ليس من قبيل قول ذى اليد، بل من قبيل الشهاده.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ۷ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المكاسب)؛ ج ۷، ص: ۲۰۵

و قد انتهى الكلام الى وقوع العقد من الوكيل و الأصيل ثم وقوع الاختلاف بينهما

اشاره

و فى هنا جهات من البحث:-

الأولى: فى توجه الدعوى الى أى من الوكيل و الموكل

اشاره

فإذا وقع العقد بين الوكيل الذى هو البائع و بين الأصيل الذى هو المشترى ثم وقع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۰۶

الاختلاف بينهما فهل يتوجه الدعوى الى الوكيل أو الى الموكل فنقول تاره

[الصوره الأولى] كان المشترى قاطعا بأن البائع فى دعواه الوكاله عن الغير كاذب حتى مع اعتراف الغير بأنه وكله و هو وكيله

فإن المشتری لا یوجّه الـدعوی و لا یرجع فی هذه الصوره الّا إلی البائع الذی یدعی الوکاله عن الغیر فإن المشتری حسب اعتقاده یری البائع کاذبا فی دعواه فلیس له مع ذلک الرجوع الی شـخص آخر و ان صـدقه هـذا الشـخص الآخر فی دعواه و کونه وکیلا من قبله.

الصوره الثانیه: أن یدعی البائع کونه وکیلا من قبل الموکل و لم ینکره المشتری و لیس له قطع بکذبه، بل یحتمل صدقه

و لکن یقول انی اشتریت المـال منـک فمقتضـی یـدک کونه من ملکک فان الیـد أماره الملکیه و مع ذلک أن من یـدعی البائع کونه وکیلاـ من قبله أیضـا یعترف بکونه وکیلاـ من قبله، و ح فللمشتری أن یوجه دعواه الی الوکیـل لکونه هو المالـک بحسب الاماره و هی الید و له أن یوجّه دعواه الی الموکل لکونه معترفا بکون الوکیل وکیلا من قبله، فیکون قوله و اعترافه مسموعا.

الصوره الثالثه: أن یعلم المشتری بکون البائع وکیلا عن الغیر و ادعی کون المبیع معیوبا

فلاـ یجوز له أن یوجه دعواه الی الوکیـل بـداهه أن الوکیل کالأجنبی فلا یسـمع إنکاره أو اعترافه بالمطلب فی حق الموکل و قد ذکرنـا أنه نظیر من کـان تحت یـده ثوب متنجس فبـاعه ثم بعـد مـده أخبر بکونه نجسا فان قوله بالنسبه إلی نجاسه ذلک الثوب شهاده فیدخل تحت عنوان الشهاده لا من قبیل قول ذی الید لکی یسمع قوله بمجرد الاخبار.

و علی الجمله فلاـ یجوز للمشتری أن یوجّه الـدعوی الی الوکیل و ان اعترف بالمطلب غایه الأمر یکون اعترافه من قبیل الشـهاده فیحتاج إلی تمامیه شروطها.

نعم، لو کان الوکیل وکیل مفوضا بمعنی أن یکون وکیلا فی البیع حدوثا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۲۰۷

و بقـاء لاـ مفوضا فی مقابل الوکیل فی إجراء العقـد فإنه یمکن أن یکون وکیلا مفوضا فی خصوص البیع و المقصود أن الوکیل إذا کـان وکیلاـ مفوضـا فی البیع حـدوثا و بقـاء فإنه یجوز للمشتری أن یوجه الـدعوی الی أی من الوکیل و الموکل شاء و هـذا کالوکیل فی المضاربه و نحوه هذه هی الجهه الاولی.

أما الجهه الثانیه: فی أن اعتراف الوکیل یکون اعترافا فی حق الموکل أم لا،

الظـاهر بـل الواقع أن اعترافه لاـ یکون نافـذا فی حق الموکـل فـإنه قـد عرفت فی الجهه الأـولی أنه أجنبی عن الموکل فلا یکون اعتراف الأـجنبی نافـذا فی حق الأـجنبی الاـ أن یکون وکیلاـ مفوضـا فی البیع حـدوثا و بقاء فان اعترافه اعتراف فی حق الموکل أیضا کالوکیل فی المضاربه و نحوها.

الجهه الثالثه: فی أنه مع حکم الحاکم بالأرش أو بالفسخ هل یثبت ذلک للوکیل فقط دون الموکل أو العکس،

فنقول: ان كـان الموكل اعترف بالمطلب و أن الوكيل وكيله و المبيع معيب فلا كلام لنا فيه، كما أنه لا شـبهه فى أنه إذا لم يكن حكم الحـاكم موجبـا لثبوت الأـرش أو الفسـخ كما إذا كانت البائع منكرا و حلف و انقطع الـدعوى فإنه لم يلزم شـى ء هنا على الوكيل البائع حتى نتكلم فى أنه عليه أو على الموكل و إذا ثبت على البائع شـى ء فتاره يثبت ذلك باعتراف الوكيل بكون المبيع معيبـا و أخرى بـالبينه و ثالثه باليمين المردوده، أما إذا ثبت الأرش أو الفسـخ باعتراف الوكيل فلا يكون الأمر الثابت الّا ثابتا على الوكيـل فـإنه انمـا ثبت باعتراف الوكيل و هو أجنبى عن الموكل، فلا يكون اعتراف الأجنبى نافـذا فى حق الآخر كما قـدمناه فى الجهه الثانيه إلا إذا كان الوكيل وكيلا مفوضا فى الحدوث و البقاء كما هو واضح.

و أما إذا كان ذلك ثابتا بالبيّنه فهى حجه شرعيه و موجبه لكون الأرش أو لوازم الفسخ على صاحب المال، فإن البينه إنما قام فى ذلك المورد فتكون

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۰۸

الغرامه ثابته على الموكل و إذا ثبت ذلك باليمين المردوده فقـد وقع الكلام فى أن ذلك لاحق بالقسم الأول أعنى الاعتراف فلا شبهه فى أن ذلك لاحق بالقسم الأول أعنى الاعتراف فلا شبهه أنه يكون موجبا لثبوت ما يحكم

به الحاكم على الوكيل و ان كان مثل البينه فيكون ذلك مسببا لثبوت ذلك على الموكل و لكن الظاهر، بل الواقع من الأدله أن اليمين المردوده مسبب مستقل لحسم الدعوى فلا وجه لتنزيل ذلك منزله الاعتراف أو منزله البينه بل يلاحظ فى نفسها حتى لا تكون موجبه لكون المال على الموكل بل على الوكيل.

انتهى الكلام الى جهات البحث فى بيع الوكيل مع المشترى بكونه وكيلا أو عدمه و قلنا ان هذا البحث ليس مختصا بالمقام، بل هو يجرى فى جميع الخيارات و هو من أحكامها و كثير الفائده و قلنا هناك جهات للبحث.

و انتهى الكلام إلى الجهه الرابعه و هى ان العيب الثابت بحكم الحاكم هل يكون للوكيل أو للموكل

فنقول تاره لا يثبت شى ء بحكم الحاكم أصلا فلا كلام لنا فيه و انما يكون حكم الحاكم قد أوجب انقطاع دعوى المشترى من غير ثبوت شى ء على البائع و أخرى يثبت العيب بحكم الحاكم على البائع فهل يكون هذا لازما على الموكل أو على الوكيل فثبوته هذا انما يكون بأحد وجوه اما اعتراف الوكيل بالعيب أو بقيام البينه على ذلك أو باليمين المردوده أما إذا كانت العيب ثابتا بالبينه فيكون لوازم العيب من الأرش أو ردّ ثمن العين بعد الفسخ على الموكل فإن البينه إنما قامت على كون العين المبيعه معيوبه و من الواضح أن العين للموكل فتكون ما أثبته البينه أيضا على الموكل سواء اعترفا الوكيل و الموكل بالعيب فى هذه الصوره أم لا.

و قد يكون العيب ثابتا باعتراف الوكيل بكون المبيع معيوبا و حكم الحاكم على طبق اعترافه فان لوازم العيب من الأرش و لزوم ردّ الثمن على تقدير

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۰۹

الفسخ انما هو يثبت على الوكيل حسب اعترافه و لا يكون اعترافه ثابتا على الموكل

الّا أن يعترف بالعيب كما يعترف بالوكاله فإنه ح يكون العيب على الموكل حسب اعترافه إذا كان الوكيل وكيلا مفوضا فى الحدوث و البقاء كالوكيل فى المضاربه كما تقدم و على تقدير عدم كونه وكيلا مفوضا من قبل الموكل مع كونه منكرا للعيب فيشكل هنا دعوى ثانيه بين الوكيل و الموكل فان الوكيل يدعى كون العيب من الأول و كون لوازمه على الموكل من الأرش و ردّ الثمن على تقدير الفسخ و المشترى ينكر ذلك فإن أقام الوكيل بينه على كون العيب من الأول فيحكم عليه أى على كون لوازم العيب من الأول فيحكم عليه أى على كون لوازم العيب على الموكل و الا فيحلف الموكل فيكون لوازم العيب ثابتا للوكيل و ح يشكل تصرفه فى العين بعد ردّ الثمن على المشترى على تقدير الفسخ فإنه بحسب اعتقاده يرى عدم استحقاقه بالعين و كونه معيبه و كون الثمن لازم الرد من الموكل و مع ذلك كيف يتصرف فى العين و لكن الظاهر أن هذا لا يوجب الإشكال فإنه يحصل الصلح بين الوكيل و بين الموكل إذ الموكل لا يدعى كونه مستحقا للعين و الثمن الذى أخذه معا بل هو يقول انى بعت عينا صحيحه و لم يكن فيها عيب فيكون الثمن الذى أخذته من المشترى ملكا لى فلا يكون الثمن الذى رده الوكيل و أخذ العين المعيبه فإن العيب انما حدث فى ملك المشترى و الوكيل يدعى كون العيب عليه فإذا أنكر الموكل العيب فقد رضى كون العين له فى مقابل الثمن الذى يرده إلى المشترى فيكون هنا صلح قهرى و معاوضه قهريه بين الوكيل و الموكل كما هو واضح.

ثم إذا لم يكن الوكيل معترفا

بالعيب.

فتاره ينكره جازما و معتقدا بان المبيع لم يكن فيه عيب.

و أخرى ينكره اعتمادا على أصاله الصحه أو الاستصحاب و لو استصحاب

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۱۰

العدم الأزلى و انا حققنا فى الأصول أن استصحابا العدم الأزلى حجه فمقتضى ذلک هو کون العين صحيحه عند البيع أى عدم وقوع العقد الموجود على المعيب.

أما الصوره الثانيه فإن حکم الحاکم للوکيل و لم يثبت حکمه شيئا على المشترى من الأرش و الفسخ فلا کلام لنا فيه کما لا کلام لنا فيما إذا اعترف الموکل بالمطلب و إذا أوجب شيئا فإن حکم له بالبينه فيکون لوازم العيب على الموکل حتى مع إنکار الموکل ذلک لما عرفت ان البينه إنما قامت على کون العين معيبه فيکون لوازمه أى العيب على مالک العين کما هو واضح، لا يخفى.

و ان حکم له و لا يکون إنکار الوکيل سببا لعدم جواز رجوعه الى الموکل فى هذه الصوره إذ هو مستند فى إنکاره إلى الأصول العمليه و هى ترتفع مع قيام البينه کما هو واضح، و أما إذا کان العيب ثابتا باليمين المردوده فلا يجوز للوکيل أن يرجع معه الى الموکل بداهه أنه أى الوکيل لا يعلم کون المبيع معيبا و لم يحرز ذلک فکيف يرجع الى الموکل کما هو واضح الا أن يعترف الموکل بالعيب فهو مطلب آخر و أما إذا کان الوکيل عالما بعدم العيب و جازما به، و ح ان لم يثبت العيب بحکم الحاکم فهو أو ثبت ذلک و لکن بذل الموکل بطوع رغبته الثمن ان فسخ المشترى أو الأرش أخذ الأرش و الا فلا يجوز للوکيل أن يرجع الى الموکل فإنه جازم بعدم کون المشترى مستحقا

لـذلک و عدم کون الموکل مطلوبا بالأرش أو الثمن و معه کیف یرجع الیه و لا یفرق فی هذه الصوره بین ثبوت العیب بالبینه أو بـالیمین المردوده فـإنه علی تقـدیر أن یثبت العیب بـالبینه أیضـا لیس له أن یرجـع الی الموکـل فـان الوکیـل یجزمه بعـدم العیب یکذب البینه فلا تکون البینه موجبه للرجوع الی الوکیل لقیامها علی تعیّب العین و ح ان أخذ المشتری الأرش فیعطیه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۲۱۱

و إذا فسخ فیأخذ العین و یعطی الثمن من طلق ماله فیجری هنا الاشکال المتقدم من أن الوکیل بعدم علمه بعدم کون العین معیبه کیف له أن یتصرف فی العین فإنه بعلمه یعلم کونها للمشتری و عدم استحقاق المشتری أخذ الثمن من الوکیل و لکن یدفعه ما ذکرنـاه هنـاک من وقوع المصـالحه القهریه بین المـالین غـایه الأـمر هنـاک کـانت المصالحه بین الموکل و الوکیل و فی المقام کـانت المصـالحه بین المشتری و الوکیل فإن المشتری لا یـدعی اسـتحقاقه الثمن و المثمن، بل یـدعی اسـتحقاقه الثمن فهو علی تقدیر کون المثمن له راضی بکونه للوکیل کما هو واضح.

ثم انه فی هذه الصوره ان کان الموکل منکرا للعیب أیضا کالوکیل فهو و ان اعترض بالعیب و الوکیل لا یعترف بذلک بل جازم بعـدمه فیکون المقام من الموارد التی لا بـدّ للحاکم أن یحکم بینهما بالتصالـح نظیر ما إذا قال أحـد أن المال الفلانی لک الذی تحت یدک و ینکره ذلک الشخص و قد یتفق ذلک کثیرا فإنه یعترف احد بکونه مدیونا من شخص و ینکره لآخر فان الحاکم یحکم بان یتصالحا الا أن یبرء أحد الآخر علی تقدیر أن یکون له حق و الظاهر أنه

قد تم بهذه الجهات جميع ما ذكره المصنف فى هذا المقام و ما لم يذكره يعنى كانت هذه الجهات وافيه بجهه البحث و هو وقوع العقد بين الوكيل و الأصيل و دعوى الأصيل تعيب العين.

قوله الرابعه: لو رد سلعه بالعيب فأنكر البائع أنها سلعته.

اشاره

أقول: توضيح المقام أن هنا مسائل ثلاث:- الاولى: أن يكون النزاع فى المقتضى بأن يدعى المشترى مثلا ثبوت المقتضى للخيار و البائع ينكره.

المسأله الثانيه: أن يتفقا على وجود المقتضى لذلك و لكن يختلفا فى فعليه الخيار بأن يدعى المشترى وجود الخيار بالفعل و البائع ينكر ذلك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۱۲

المسأله الثالثه: أن يتفقا على المقتضى و على فعليه الخيار معا و لكن وقع الخلاف فى كون المردود هو المبيع أو غيره و قبل التعرض لحكم المسائل لا بدّ و أن يعلم أن هذا البحث غير مختص بخيار العيب، بل يجرى فى جميع الخيارات كالبحث السابق فنقول:

أما المسأله الاولى: و هى النزاع فى ثبوت المقتضى للخيار و عدمه

بأن يرد المشترى سلعه على البائع و يدعى كونها معيوبه و ينكرها البائع و يقول أن هذه السلعه ليست بسلعتى و ان كانت معيوبه و انما سلعتى غيرها و هى غير معيوبه و ليس فيها مقتضى الخيار أصلا فالقول هنا قول البائع فإن الأصل عدم كون هذه السلعه سلعه البائع، و الأصل عدم كون سلعتها معيوبه و لو كان الأصل هو العدم الأزلى كما تقدم، الّا أن يقيم المشترى بينه على و لو كان الأصل هو العدم الأزلى كما تقدم، الّا أن يقيم المشترى بينه على دعواه هذه المسأله الاولى.

و أما المسأله الثانيه: و هى أن يكون الاختلاف فى فعليه الخيار

بان يقبل البائع وجود المقتضى للخيار و لكن ينكر كون السلعه التى يردها المشترى الى البائع سلعه نفسه و قد ذكر فى الإيضاح أن الاختلاف فى ذلك فى موضعين:- أحدهما: خيانه المشترى، فيدعى البائع تعين العين بخيانه المشترى و ما يريد تسليمه الى البائع من السلعه غيرها و المشترى ينكر ذلك.

الثانی: أن البائع يدعى أن المشترى أتلف العين و المشترى ينكر ذلك و كأن الفخر حصر وقوع الاختلاف بهذين الموضعين و لم يتصور هنا وجها ثالثا و لكن يمكن أن يتصور هنا وجه آخر و هو أن يكون إنكار المشترى مستندا إلى الغفله أو النسيان أو نحو ذلک لا إلى الخيانه و الإتلاف كما هو واضح.

أما المورد الأول: فذكر فخر المحققين أن البائع إذا ادعى خيانه المشترى و المشترى ينكره فالأصل عدم الخيانه، فإن مقتضى أصاله الصحه هو

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۱۳

أن المشترى لم يخن السلعه و هو صادق فى إنكاره، و ان كان هنا أصول أخرى المتعدده و هى أصاله عدم الخيار و عدم حدوث العيب و صحه القبض فإن أصاله

الصحه من قبيل الامارات فهى وارده على تلك الأصول التى ليست ناظره إلى الواقع.

و بالجمله قد ادعى الفخر فى المسأله الثانيه فيما إذا كان الاختلاف فى دعوى الخيانه أن القول قول المشترى، لقيام أصاله الصحه على عدم صدور الخيانه منه، و أن بقيه الأصول ساقطه كما لا يخفى.

و قد أورد عليه المصنف بالنقض و حاصله أن مقتضى إجراء أصاله الصحه هنا هو إجرائها فى المسأله الأولى أيضا أعنى مسأله الاختلاف فى مقتضى الخيار فان مقتضى ذلك هو ان المشترى لا يكذب فى قوله أن المبيع هو هذا المعيوب فيكون إنكار البائع كون المبيع هو هذا دون غيره فى غير محله مع أنه أى الفخر قدم قول البائع هناك لوجود الأصول المتعدده من أصاله عدم الخيار و عدم حدوث العيب و نحو ذلك، فإن أصاله الصحه كما انها وارده عليها فى المسأله الثانيه و كذلك وارده عليها فى المسأله الأولى أيضا فكيف لهم تقديم قول البائع لأصاله عدم كون ما أعطاه المشترى من السلعه سلعته.

و أما حل المطلب: فنقول ان كان المراد من أصاله الصحه هى أصاله الصحه المصطلحه الجاريه فى العقود فهى مما لا ريب فى حجيتها و تقدمها على سائر الأصول فإنها من الأمارات التى قامت السيره القطعيه، بل بناء العقلاء على حجيتها و لكن المقام ليس من مواردها فان حمل فعل المشترى على الصحه و القول بعدم خيانتها غير مربوط بصحه العقد، فان مورد هذه الأصل انما هو العقد بعد الفراغ عن تحققه و كون الشك فى شرائطه و من الواضح أن العقد فى المقام تحقق صحيحا و لم يكن فيه شك فى تحقق شرطه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۱۴

بحيث يلزم

من انتفائه بطلانه و لكن النزاع فى أن المشترى صادق فى دعواه أن هذه السلعه سلعه البائع التى فيها عيب أم لا، و المشترى يدعى ذلك و البائع ينكره و هذا غير مربوط بأصاله الصحه المذكوره.

و أن كان المراد من أصاله الصحه هى أصاله الصحه الجاريه فى فعل المسلم أعنى حمل فعل المسلم على الصحه بمقتضى قولهم، ضع فعل أخيك على أحسنه، و هذا و ان كان جاريا و لكن لا يترتب عليها ما أن هذه التى يدعى المشترى كونها للبائع فإن غايه ما يترتب على هذا الأصل أنه لا يكذب و أما انه صادق فى قوله، فلا أى لا يرتب آثار الكذب على كلامه لا أنه يترتب آثار مقابله مثلا لو تكلم أحد بكلام و لم ندر أنه سلّم أو سب بأن ترد كلامه بين أنه قال سلام، أو قال سام، فمقتضى حمل فعل المسلم على الصحه نحمل كلامه على أحسنها أى نقول انه لم يسبّ و أما أنه سلّم بحيث يجب رد سلامه، فلا و هذا واضح.

و أما الصوره الثالثه: فهى أن يقبل البائع ثبوت مقتضى الخيار و ثبوت نفس الخيار فعلا

و لكن يقول ان السلعه ليست هذه التى تريد إعطائها لى، بل غير ذلك، و المشترى يقول هى هذه، و ح فللمشترى أن يفسخ العقد و يأخذ الثمن من البائع لأنه أى البائع باعترافه يعترف بالخيار للمشترى و يعترف كون الثمن له على تقدير الفسخ، و لكن ينكر كون هذه السلعه الموجوده له، و ح فللمشترى أن يفسخ العقد و يأخذ الثمن لتعلق الفسخ بالعقد و ح يرد السلعه الموجوده إلى البائع فإنه باعترافه يعترف كونها له و أما غيرها فلا، بل لا بدّ للبائع من إثبات ذلك فإن البائع يدعى أمرا و هو ان سلعته

غير هـذا، و ان كـان متعلقـا لخيـار الغبن و المشترى ينكر ذلك و المشترى يـدعى كون هـذه السـلعه له و هو ينكر ذلك، فلا بدّ للبائع من إثبات أن سلعته غير هذه، و لكن هذه الصوره لا تجرى فى خيار العيب حيث ان فى خيار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۱۵

العيب لا بدّ فى الفسخ من رد العين بمقتضـى الأخبار المتقدمه الداله على لزوم رد العين فى خيار العيب إذا أراد المشترى الفسخ بخلاف بقيه الخيارات، فإنه لا يلزم فيها ردّ العين فى الفسخ كما هو واضح.

و بعباره أخرى إذا اعترف البائع وجود مقتضـى الخيار و ثبوته للمشترى بالفعل و لكن أنكر كون هذه السـلعه التى يريد المشترى ردّهـا إلى البـائع سـلعه له فإنه جاز للمشترى الفسـخ فيما إذا لم يكن الخيار خيار عيب، لعـدم توقف الفسـخ على ردّ العين، بل لا يتوقف على بقـاء العين أصـلا و أمـا فى خيـار الغبن فلاـ يمكن له الفسـخ، و ان اعترف البـائع بوجود الخيـار له فعلاـ مـا لم يثبت المشترى أن العين الموجوده بالفعل التى يريد تسليمها إلى البائع أنها للبائع.

قوله: و اما الثانى: و هو الاختلاف فى المسقط ففيه أيضا مسائل:

الاولى: لو اختلفا فى علم المشترى بالعيب و عدمه،

أقول ذكر المصـنف (ره) أنه لو اختلفا فى علم المشترى بالعيب المسقط للخيار و عدمه قدم منكر العلم فيثبت الخيار هذا لا شبهه فيه، و لكن يبقى فى المقام سؤال الفرق بين هـذه المسأله و بين ما تقـدم فى خيار الغبن من أنه لو ادعى المشترى الجهل بالغبن و البائع يـدعى علمه به قدم قول البائع مع أن من كلتا المسألتين أن المشترى يدعى الجهل و البائع يدعى علمه، فكيف له أن يحكم فى المقام بتقديم قول المشترى دون المسأله السابقه.

أقول: وجه الفرق بينهما أن

خيـار الغبن انمـا ثبت بالشـرط الضـمنى على ما تقـدم و إذا تنازعا فى علم المشترى بالغبن و عـدمه فإنه يرجع الى دعوى اشتراط الخيار للمشترى و عدمه، فح الأصل عدم الاشتراط، فلا يكون هنا خيار للمشترى، و يكون القول قول البائع.

و أما فى المقام ليس كذلك حيث ان خيار العيب انما ثبت بالدليل و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۱۶

ان كان على وفق القاعده، و لكن لا بد من ملاحظه الروايه فهى دلت على أنه أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبرء منه و لم ينبه عليه و أحـدث فيه حـدثا فـإنه يمضـى عليه البيع حيث ان العلم بـالعيب و ان كـان طريقـا الى الواقع على ما تقـدم و الغرض هو سـقوط الرد مع انكشـاف الواقع لـدى المشترى و لكن نفى حصول العلم بالعيب له موضوعيه فى سـقوط الخيار و أن ثبوت خيار العيب يـدور مـدار الجهل، و ح إذا شك فى كون المشترى عالما بالعيب حين العقـد و عـدمه فالأصل هو عدم كونه عالمـا فـان انكشاف العيب لـدى المشترى أمر وجودى يحتاج إلى الإحراز و مع عـدمه فلا يكون خياره ساقطا كما هو واضـح، و هذا هو الفارق بين المسألتين.

قوله الثانيه: لو اختلفا فى زواله قبل علم المشترى.

أقول: ذكر المصنف فى النزاع فى زوال العيب القديم و عدمه وجهين:

الأول: تقديم قول مدعى البقاء فيثبت الخيار لأصاله بقائه و عدم زوال المسقط للخيار.

الثانى: تقديم مدعى عدم ثبوت الخيار لأن سببه أو شرطه العلم به حال وجوده و هو غير ثابت، فالأصل لزوم العقد و عدم الخيار.

ثم ذكر أن الأقوى هو الأول و ذكر أنه الى هذا نظر العباره المتقدمه من التذكره فى سقوط الرد بزوال العيب

قبل العلم أو بعده قبل الرد، نومى الى الثانى فراجع.

أقول: أنه لا- يترتب اثر على هـذا النزاع إذا قلنا بأن نفس وجود العيب فى المبيع موضوع للرد و الأرش فإنه على هـذا المـذهب لا يترتب اثر على الزوال حتى مع العلم بكونه قبـل العلم أو بعـده فكيف مع الجهـل به فـان موضوع الرد و الأرش على هـذا انما هو نفس وجود العيب لا غير، فإذا اشترى أحد شيئا و به عيب أو عوار و لم يتبرء البائع و لم ينبه المشترى فله أى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۱۷

المشترى الخيار سواء علم به قبل الزوال أو بعده، و هذا لا شبهه فيه فان المشترى متمكن من الرد بل الأرش أيضا على المشهور و أيضـا لا- يترتب اثر على النزاع إذا قلنـا بـأن زوال العيب مطلقـا يكون مانعـا على الرد بـل الأرش من جهه أن المردود لا بـدّ و أن يكون معيبا و المفروض عدمه لزوال العيب و بعد زواله ليس هنا معيب حتى يتمكن المشترى من رد المعيب، كما هو واضح.

نعم، له أثر إذا قلنا بأن موضوع هذا الخيار انما هو وجدان العيب و ظهوره فإنه على هذا يترتب الأثر على هذا النزاع، فإنه يقال إذا كـان سـبب الخيـار هو ظهور العيب و وجـدان المبيع معيبـا فالأصل يقتضـى عـدم الخيار للشك فى سـببه فيكون الأصل مع منكر الخيار.

و بعبـاره أخرى ان المشترى يـدعى بقاء العيب الى زمان العلم و أنه زالى بعـد العلم به، و البائع ينكر ذلك، فالأصل عـدم ظهوره الى زمان الزوال و لكن مرجع ذلك الى الشك فى ثبوت الخيار لا فى المسقط.

ثم إذا اختلفا فى أن الزائل هو العيب الحادث

أو القـديم مع الاتفـاق على زوال العيب هنا فادعى المشترى أن الزائل هو العيب الحادث، فلا يكون ذلك مانعا عن الرد بناء على أن مجرّد حدوث العيب فى المبيع عند المشترى لا يكون مانعا عن الرد، بل المانع عن الرد، انما هو العيب الحادث الموجود حال الرد و على هـذا فلاـ إشـكال فى عـدم جواز الرد ح للشـك فى بقـاء العيب الحـادث و عـدمه فنستصـحبه و هـذا الاستصـحاب لا يعارضه أصاله بقاء العيب القديم، فإنه لا يترتب عليه أن الزائل هو الحادث الّا على القول بالأصل المثبت.

و العجب من المصـنف فإنه مع ذكره عدم جريان الأصول المثبته هنا و فى محله قد غفل عن كون هذا الأصل مثبتا و كلما تأملت فى توجيه كلامه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۱۸

حتى يخرج عن كونه أصل مثبتا ما وجدت شيئا يكون توجيها له هذا.

و إذا قلنا ان حدوث الحدث مانع عن الرد مطلقا، فلا شبهه أنه لا يترتب الأثر على زواله و عدم هذا ما يرجع الى دعوى المشترى.

و أمـا بالنسـبه إلى دعوى البـائع بأن الزائل هو العيب القـديم فان قلنا بأن الزوال لا اثر له أصـلا و انما العبره بالحـدوث فلا يترتب أيضا أثر على هـذا النزاع، فإنه سواء زال العيب الحادث أو القـديم فمجرّد حـدوث العيب الحادث يكون مانعا عن الرد بالأرش و كـذلك لا يترتب الأثر إذا قلنا بأن زوال العيب يوجب عدم الرد لأن الرد لا بدّ أن يتعلق بالمعيب، و من الواضح أن العيب القديم قد زال.

نعم، مع ذلك هنا مانع آخر و هو وجود العيب الحادث، و ان كان الغرض أن زوال العيب يوجب عدم الأرش أيضا فالأصل بقائه و

لا يعارضه أصاله عدم زوال الحادث فإنه لا يثبت به زوال العيب القديم.

و بعباره أخرى أن خيار العيب له أثران، أحدهما: الرد و الأخر:

الأرش. فإن قلنا بان حدوث العيب مانع من الرد مطلقا فلا اثر للنزاع من هذه الجهه كما أنه إذا قلنا بأن زوال العيب لا اثر له فى الأرش لا معنى للنزاع من هذه الجهه إذا لا بدّ من فرض الكلام فى أن زوال العيب الحادث يوجب الرد فنقول الأصل عدم الزوال و لا يعارض ذلک مع أصاله عدم زوال العيب القديم فإنه لا يترتب عليه زوال الحادث حتى يترتب عليه عدم جواز الرد.

و أيضا نقول أن زوال العيب القديم يوجب عدم الأرش و مع الشک فيه يحكم بعدم زواله للاستصحاب و لا يعارضه استصحاب بقاء العيب الحادث حتى يكون مانعا من الأرش فإنه لا يترتب عليه زوال العيب القديم ليترتب عليه عدم الأرش و على هذا فلا وجه لما ذكره المصنف و التذكره من عدم جواز الرد و أخذ الأرش، بل لا بد من التفصيل كما فصل الشافعى فيقال بعدم جواز الرد لأصاله عدم زوال العيب الحادث و أيضا نقول بثبوت الأرش

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۱۹

لأصاله عدم زوال العيب القديم و هذا واضح جدا، إذا فيحلف البائع فيسقط الرد و يحلف المشترى و يأخذ الأرش و هذا مراد الشافعى من التحالف.

قوله الثالثه: لو كان عيب مشاهدا غير المتفق عليه.

اشاره

أقول: تحرير الكلام هنا أن النزاع تاره يكون فى تعدد العيب بأن يتفقا على عيب واحد و كان نزاعهما فى وجود عيب آخر فيدعى المشترى وجوده بحيث يكون له الخيار من جهتين أو من جهه العيب الثانى على تقدير إسقاطه الخيار من جهه العيب الأول.

و أخرى: يكون فى

زياده العيب المتفق عليه.

و ثالثه: فی أصل الزياده بحيث يدعی المشتری ذلک ليأخذ الأرش زائدا عن الأرش علی العيب المتفق عليه و ان لم يكن بنائه الرد.

أقول:

يقع الكلام فی هذه المسأله فی جهتين:

اشاره

الاولی: فی دعوی المشتری علی البائع، و الثانی: فی دعوی البائع علی المشتری.

أما الجهه الاولی [فی دعوی المشتری علی البائع]

فهی خارجه عن الدعوی فی المسقط بيان ذلک أن غرض المشتری من دعواه وجود العيب الثانی هنا غير العيب الأول أو دعواه أصل الزياده أو الزياده التی هی زائده عن الزياده التی يدعيها البائع أن يكون له الرد من جهتين أو من جهه العيب الآخر أو الزائد علی تقدير إسقاطه الخيار من جهه العيب الأول أو غرضه أخذ الأرش زائد عن المقدار المتفق عليه علی تقدير عدم الرد، و يقول المشتری أن هذه الأمور التی يدعيها موجوده من الأول و قبل العقد غايه الأمر قد حصل العلم بها بعد العقد و البائع ينكر ذلک، و ح فالقول قول البائع لأصاله عدم وجود العيب الآخر أو الزائد غير العيب المتفق عليه، فللمشتری إثبات ذلک و لا شبهه أن هذه الجهه غير مربوط بالمقام فان كلامنا هنا فی المسقط و مرجع ذلک الی

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۲۰

دعوی أصل الخيار أو الأرش فتكون هذه الجهه أجنبيه عن المقام.

و أما الجهه الثانيه [فی دعوی البائع علی المشتری]

فهی مركز الكلام هنا و بيان ذلک أن البائع إذا ادعی وجود المسقط فی المقام بشی ء من الأمور المتقدمه بأن يدعی أن العيب تعدد فی ملک المشتری أو زاد أو كانت الزياد أكثر مما كانت أولا فنسقط الخيار الثابت بالعيب السابق لروايه زراره الداله علی سقوط الخيار بحدوث الحدث فإنه يكون القول هنا قول المشتری، مع حلفه فعلی البائع إثبات دعواه، فيقال ان الأصل عدم حدوث العيب الآخر فی ملک المشتری فيثبت الخيار بالموضوع المركب، أحدهما محرز بالوجدان و الأخر بالأصل فإن الخيار ثابت علی شراء المعيب، مع عدم احداث الحدث فيه، فشراء المعيب محرز بالوجدان فعدم احداث الحدث محرز بأصاله عدم حدوثه تحت يد المشتری فلا

يعارضه أصاله عدم حدوثه فی ملك البائع، فإنه لا يثبت حدوثه فی ملك المشتری حتی يوجب سقوط الخيار، بل هو يكون مثبتا بالملازمه العقليه كما هو واضح، و هذا بخلاف العكس فإن الأثر و هو ثبوت الخيار يترتب على عدم حدوث العيب فی ملك المشتری فان المفروض أن الجزء الآخر محرز بالوجدان كما هو واضح.

و على الجمله فإن كانت الدعوى راجعا إلى المشتری و هو يوجهها إلى البائع فالمسأله خارجه عن محل الكلام و ان وجهها البائع إلى المشتری فلها مجال واسع فهی مربوطه بالمقام أعنی النزاع فی المسقط.

و من هنا ظهر أن ما ذكره الشهيد فی الدروس من أنه يحلف البائع إذا كان نظره الى الجهه الأولى بحيث يكون المدعی هو المشتری فلما ذكره وجه وجيه الّا أنه خارج عن المقام و ان كان غرضه الجهه الثانيه فلا وجه له بوجه لما عرفت أن البائع فی الجهه الثانيه هو المدعی و اليمين انما يتوجه إلى المشتری دون البائع.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۲۱

ثم ان الشهيد (ره) قد فرق بين النزاع فی كون العيب متعددا و بين النزاع فی زياده العيب، حيث التزم فی الأول بكون العيب كالمنفرد و أن مرجع ذلك الى النزاع فی سبق العيب على العقد و عدمه فالأصل مع البائع فإن الأصل عدم سبق عيب على العقد فيحلف البائع و التزم فی الثانی بأنه إذا ادعى البائع زياده العيب عند المشتری و أنكر المشتری احتمل حلف المشتری، لأن الخيار متيقن و الزياده موهومه.

و يحتمل حلف البائع اجراء للزياده مجرى العيب الجديد، انتهى كلامه رفع مقامه، أقول: لا وجه للفرق بين المقامين فان مرجع كليهما إلى شی ء واحد فلا بدّ اما

من تقديم قول البائع فى كلا الموردين أو من تقديم قول المشترى فى كلا الموردين.

و توضيح ذلك أنه فيما كان النزاع فى حدوث عيب آخر قد التزم الشهيد بكون الحلف متوجها الى البائع و فى المقام أيضا كذلك فإنه إذا كان النزاع فى أصل زياده العيب بحيث يدعى المشترى ذلك ليأخذ الأرش أكثر أو يرد المبيع لو سقط خيار بالنسبه إلى العيب الأول فنقول هنا ان الأصل عدم زياده العيب فيكون القول قول البائع، فإن قيل ان الزياده على نحو إذا كان العيب موجودا أى العيب الأول كان موجودا مع الزياده، فنقول هنا ان مقتضى أصاله عدم الأزلى أيضا هو عدم الزياده، أى أن العيب إذا وجد، وجد بدون الزياده، و مجردا عن هذا الوصف، فيكون القول أيضا قول البائع فلا مجال لاحتمال حلف المشترى و مع الغض عن جريان الأصل الأول، و البناء على عدم جريان الأصل فى الإعلام الأزليه فمقتضى الاستصحاب الحكمى هو عدم ترتب الأثر على دعوى المشترى فان الأصل انه لا يستحق الأرش أو الرد من ناحيه العيب الزائد و على هذا فلم يبق وجه لتقديم قول البائع بوجه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۲۲

قوله الرابع: لو اختلف فى البراءه.

أقول: ذكر المصنف (ره) أنه لو وقع الاختلاف فى أن البائع تبرء عن العيب، أم لم يتبرء، قدم منكر البراءه و هو المشترى غالبا فإن الأصل عدم التبرى الحاكم على أصاله اللزوم و لكن ذكر أنه ربما يترائى من مكاتبه جعفر ابن عيسى خلاف ذلك فإنه قال: كتبت الى أبى الحسن عليه السلام جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى فإذا نادى عليه برى ء من كل عيب فيه فإذا اشتراه المشترى و رضيه و

لم يبق الّا نقـد الثمن، فربما زهـد فيه فإذا زهـد فيه ادعى عيوبا و أنه لم يعلم بها فيقول المنادى قـد برئت منها، فيقول المشترى لم أسمع البراءه منها، أ يصدق، فلا يجب عليه الثمن أم لا يصدق، فيجب عليه الثمن، فكتب عليه السلام: أن عليه الثمن، الخبر.

فان المتوهم يتوهم أن الظاهر من هذه المكاتبه هو عدم قبول قول المشترى بل لا بد و أن يعطى الثمن للبائع.

أقول: يرد على هـذا التوهم أن هذا الخبر أخصّ من مورد الكلام فان المفهوم منه أن المشترى يدعى عدم السـماع صوت الدلال بأنى برئت من جميع العيوب فكلامنا فى مطلق البراءه و المشترى ليس له شـغل بالبراءه و عـدمها، و انما يقول أنا ما سـمعت هـذا أولا.

و ثانيـا: مـا ذكره المصـنف من توجيه الروايه من أن الحكم بتقـديم قول المنادى لجريان العاده بناء الـدلال عنـد البيع بالبراءه من العيوب على وجه يسـمعه كـل من حضـر الشـراء فـدعوى المشـترى مخـالفه للظـاهر نظير دعوى الغبن و الغفله عن القيمه ممن لا يخفى عليه قيمه المـبيع، انتهى. و لعـل الى هـذا التوجيه ينظر كلام صـاحب الكفـايه من جعـل الروايه مؤيـده لقاعـده الـبينه على المـدعى و اليمين على من أنكر، بـأن يكون مراده عن المـدعى هو المشترى لكون قوله مخالفـا للظاهر، و المنكر هو البائع لكون قوله موافقا له.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۲۳

و أمـا مـا ذكره صـاحب الحـدائق من أن المفهوم من مسـاق الخبر المـذكور أن إنكار المشترى انما وقع مـدالسه لعـدم رغبته فى المبيع و الا فهو عالم بتبرى البائع و الامام عليه السـلام إنما ألزمه بالثمن من هذه الجهه حيث يعلم أنه مدالس فحكمه عليه السلام من جهه

خصوصيه المورد، و فيه أن مراد السائل ليس هو السؤال عن حكم العالم بالتبرى المنكر له فيما بينه و بين اللّه، بل الظاهر من سياق السؤال هو استعلام من يقدم قوله فى ظاهر الشرع من البائع أو المشترى بحسب المحاكمه الشرعيه على أن حكم العالم بالتبرى المنكر له معلوم لكل أحد و من هنا السؤال السائل بقوله ا يصدق، إلخ.

و أما ما ذكره الأردبيلى من أنه لا يلتفت الى هذا الخبر لكونه ضعيفا فهو متين جدا، فلا يتوجه الى عدم التفاوت المصنف اليه و كذا لا وجه لما ذكره السيد فى الحاشيه من أن هذا الخبر مورد العمل فى غير هذا المقام لم نعرف له وجها فإنه لو كان الخبر شاملا لمضمون آخر غير هذا المضمون و كان منجبرا بعمل المشهور لذلك أو بقرينه آخر بناء على انجبار ضعف الخبر بشى ء فلا ربط له بالمقام فان انجبار مقدار من الخبر لا يرتبط بالمقدار الآخر كما هو واضح.

ثم انه ذكر المصنف أنه بقى هنا اشكال آخر فى الخبر و هو أن براءه المنادى من العيوب لا يجدى فى سقوط خيار العيب، بل لا بدّ من اعتباره فى المتن العقد.

و فيه أنك قد عرفت سابقا أن مقتضى بناء العقلاء هو اعتبار وصف الصحه فى المبيع بحيث يشترط المشترى على البائع أن يكون المبيع صحيحا و مع التخلف يثبت الخيار للمشترى و من الواضح أن هذا الاشتراط انما هو فى مورد لم تقم قرينه على عدم الاشتراط سواء كان قيام ذلك قبل العقد أو بعده و عليه فإذا تبرء البائع من العيب و لم يكن هذا التبرى فى ضمن العقد يكون تبريه هذا رفعا لالتزامه و قرينه على

أنه لم يشترط فی ضمن العقد، هذا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۲۲۴

الالتزام کما هو واضح و علیه فلا یرد أن التبری حیث لم یکن فی ضمن العقد فلا یکون مفیدا فافهم.

قوله الخامسه: لو ادعی البائع.

أقول: ذکر المصنف أنه لو ادعی البائع رضی المشتری به بعد العلم أو إسقاط الخیار أو تصرّفه فیه أو حدوث عیب عنده حلف المشتری لأصاله عدم هذه الأمور ثم ذکر أنه لو وجد فی المعیب عیب إلخ، و قد تقدم هذه المسأله منه و ذکر کلام الشافعی هناک کما أشار إلیه السید فی حاشیته فلا وجه للتکرار.

قوله: و أما الثالث [أی فی الفسخ]

اشاره

ففیه مسائل

الأولی لو اختلفا فی الفسخ فان کان الخیار باقیا فله إنشائه.

أقول: لو وقع الاختلاف بین البائع و المشتری فی الفسخ و عدمه فتاره یقع ذلک قبل مضی زمان الخیار و أخری بعده.

و أما الکلام فی الجهه الأولی بأن یدعی المشتری تحقق الفسخ منه قبل أن ینقضی زمان الخیار و قبل طر و المسقط و البائع ینکره فتاره ینشئ المشتری الفسخ ثانیا و أخری لا ینشئ ذلک، فعلی الأول لا شبهه فی تحقق الفسخ جزما للعلم الوجدانی بأنه إما حصل الفسخ بالإنشاء الأول أو الثانی فیکون القول قول المشتری و دعوی أن الفسخ الثانی لا تأثیر له علی زعم المشتری، فإنه یدعی الفسخ الأول، جزافیه حیث ان الفسخ الثانی یکون مؤثرا علی زعم البائع المنکر للفسخ أولا هذا إذا أنشأ المشتری الفسخ ثانیا و أما إذا لم ینشأ الفسخ ثانیا فهل یمکن له إثبات الفسخ الأول و الحکم بانفساخ العقد أم لا، الظاهر هو إمکان ذلک بوجهین:- الأول: من جهه القاعده المعروفه أن من ملک شیئا ملک الإقرار به، حیث ان المشتری مالک للفسخ فهو مالک للإقرار به أیضا، و هذه القاعده

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۲۲۵

و ان لم ترد من الروایات و لکن قد تسالموا علیها فان ذلک أمر وجدانی و عقلائی و ضروری، فإن المالک لشی ء مالک لجمیع شؤونه کما هو واضح، و نظیر ذلک ما إذا أقرّ الزوج بطلاق زوجته فإنه یسمع إقراره بذلک و ان نکرته الزوجه فان الزوج مالک

للطلاق فيكون مالكا للإقرار به أيضا.

الوجه الثانى: أن يكون دعوى المشترى الفسخ و اخباره عن ذلك بنفسه فسخا للعقد و توضيح ذلك أن الاخبار و ان كان غير الإنشاء و أن كلا منهما يباين الآخر و لكن

المشترى إذا أخبر عن فسخه للعقد فاخباره هذا يدل بالملازمه على كونه راضيا بالفسخ و من الواضح أن الفسخ ليس الا الرضا بانفساخ العقد و إظهاره بمظهر فى الخارج و اخبار المشترى بالملازمه تكشف عن رضاه بالفسخ، فيكون اخباره عن الفسخ بنفسه مصداقا للفسخ بهذا المعنى، لا أن الاخبار بنفسه إنشاء، بل كما عرفت فيه جهتان و دلالتان، دلاله مطابقيه و دلاله التزاميه، فالأخبار بالدلاله الالتزاميه إنشاء و مصداق للكشف كما عرفت، و لعل هذا هو مراد الشهيد من دعواه كون أخبار المشترى عن الفسخ بنفسه مصداقا للفسخ، و الّا فالشهيد لا يدعى عن أن الاخبار إنشاء و نظير ذلك ما إذا أخبر الزوج عن رجوعه سابقا إلى الزوجه فأن اخباره هذا يدل بالملازمه على تحقق الرجوع بالفعل و ان هذا الاخبار يكشف عن الرضا الفعلى بالرجوع كما هو واضح.

و قد ورد فى بعض الاخبار أن من أخبر بعتق مملوكه ثم جاء العبد يدعى النفقه على أيتام الرجل و أنه رق لهم، فالوجه فى ذلك هو أن دعواه النفقه على الأيتام بالملازمه تدل على كونه رقا لهم كما هو واضح.

و على الجمله إذا اختلفا البائع و المشترى فى الفسخ و عدمه قبل مضى زمان الخيار فيكون القول قول المشترى سواء إنشاء المشترى الفسخ ثانيا أم لم ينشئ كما عرفت.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۲۶

و أما إذا كان الاختلاف بعد مضى زمان الخيار بأن ادعى المشترى الفسخ قبل تلف العين و البائع ينكر ذلك، و ح فالقول قول البائع و للمشترى إثبات ذلك من بيّنه و نحوها، فعلى هذا فان ادعى المشترى علم البائع بالفسخ، و أنه يعلم به فيتوجه الحلف على البائع و وجب

عليه أن يحلف على عـدم علمه بالفسـخ لا ـ على نفى الفسـخ واقعا فإنه فعل المشترى فيمكن ان يقع بغير اطلاع قبل البائع كما هو واضـح و اذن فالحلف من البائع انما هو على عـدم علمه بفسخ المشترى لا على نفى الواقع و أما إذا انعكس الأمر بأن ادعى البائع الفسـخ ليأخـذ مثـل العين لـترقى القيمه و ادعى المشترى عـدمه فـح يتوجه الحلف إلى المشترى دون البـائع و لكن لا ـ بـدّ له أى للمشترى أن يحلف على نفى الفسخ واقعا، فإنه فعل المشترى فهو عالم بفعله واقعا فإذا حلف فلا بدّ و أن يحلف على نفى الفسخ واقعا.

ثم انه إذا لم يقـدر المشترى على إثبـات الفسـخ امـا لعـدم دعواه علم البـائع به و عـدم إقامه البينه على مـدعاه أو من جهه أنه مع دعواه علم البـائع بـذلك فحلف البـائع على عـدم علمه بالفسـخ، فهـل للمشترى مطالبه الأرش أم لا فـذكر المصـنف فيه وجهين: الأول: ثبوته لئلا يخرج من الحقين. الثانى:

عـدم ثبوته لإقراره بالفسـخ و زاد فى الـدروس انه يحتمل أن يأخذ أقل الأمرين من الأرش و ما زاد على القيمه من الثمن ان اتفق لأنه بزعمه يستحق استرداد الثمن و رد القيمه فيقع التقاص فى القيمه و يبقى قدر الأرش مستحقا على التقديرين.

و الوجه: فيما افاده الشـهيد (ره) هو أن الثمن إذا كان زائدا على القيمه بمقدار التفاوت ما بين المعيب و الصحيح فيأخذ المشترى ذلك التفاوت و ان كان الأرش زائـدا عنه، فيأخـذ التفاوت ما بين المعيب و الصـحيح و ان كان التفاوت زائـدا عن الأرش فيأخذ الأرش لأنه هو القدر المتيقن و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۲۷

هذا الذى أفاده الشهيد له وجه

إذا كـان المشترى يطـالب الأرش فإنه يلتزم البائع على الأرش على زعمه و حيث لم يكن الأرش ثابتا بزعم المشترى بل التفاوت فيجبر البائع على إعطاء أقل الأمرين من التفاوت أو زياده الثمن و أما إذا لم يطالب الأرش فلا وجه لـذلك لما عرفت، أن الأرش انما يثبت بالمطالبه لا بمجرد العقـد، و الّا لكان البائع مشـغول الـذمه به على تقدير عدم الإعطاء و أيضا كان له أن يرد مقدارا من الثمن لا أن يعطى من كل ما يريد كما هو واضح.

قوله الثانيه: لو اختلفا فى تأخير الفسخ فى أول الوقت بناء على فوريه الخيار.

أقول: ذكر المصـنف أنه لو وقع الاختلاف فى تأخر الفسخ عن زمان الخيار بأن يكون الفسـخ بعـد تلف العين أو كونه فى زمان الخيار، ذكر أنه فى تقـديم مـدعى التأخير لأصاله بقاء العقـد و عدم حدوث الفسخ فى أول الزمان أو مدعى عدمه لأصاله صـحه الفسـخ وجهان:- و هذا الذى ذكره المصـنف لا يخلو عن المسامحه فإنه جمع فى كلامه بين الأصل الموضوعى و هو عدم كون الفســخ فى زمـان الخيـار و الأصـل الحكمى و هـو بقـاء العقــد أى الملكيـه حيـث ان المصــنف عطـف الثـانى على الأـول فـإن الاستصـحاب الحكمى و ان كـان يـترتب عليـه الأـثر بنـاء على جريـانه و مع الغض عمـا بيننـا عليه فى الأـصول من عـدم جريـان الاستصحاب فى الشبهات الحكميه الّا أنه لا مجال له بعد جريان الاستصحاب الموضوعى.

ثم ذكر المصـنف أنه لو كـان منشـأ النزاع الاختلاف فى زمان وقوع العقـد مع الاتفاق على زمان الفسـخ ففى الحكم بتأخر العقد لتصـحيح الفسخ، وجه يضـعف بأن أصاله تأخر العقد الراجعه حقيقه إلى أصاله عدم تقدمه على الزمان المشـكوك وقوعه فيه لا يثبت وقوع الفسخ فى أول الزمان ثم ذكر و

هذه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۲۸

المسأله نظير ما لو ادعى الزوج الرجوع في عده المطلقه و ادعت هي تأخرها.

أقول: هذه المسأله سياله في غير هذا المورد مما كان هناك حادثان، و يشك في تأخر أحدهما و تقدم الآخر و بالعكس مثلا لو شک في أن التفرق في خيار المجلس انه وقع بعد الفسخ أو قبله أو الفسخ في خيار الحيوان أنه وقع قبل ثلاثه أيام أو بعده، و هكذا إذا شک في أن القبض في الصرف و السلم وقع قبل التفرق أو بعده و هكذا أو وقع الشک في أن الصلاه وقعت قبل الحدث ليحكم بصحتها أو بعده ليحكم ببطلانها مع العلم بكون المصلي مطهرا و هذا المثال فيما لم يكن مورد لقاعده الفراغ من جهه انتفاء شرط من شروطها ككونه غافلا في حال الصلاه بحيث يكون استصحاب الطهاره جاريه و أما مع فرض جريان قاعده الفراغ فلا موضوع للشک في صحه الصلاه و الاحتياج الى الاستصحاب كما هو واضح.

و من هذا القبيل أيضا ما ذكره المصنف من وقوع الرجوع في العده الرجعيه قبل انقضاء العده أو بعدها و كذلک إذا وقع الشک في أن بيع الراهن العين المرهونه هل وقع قبل رجوع المرتهن عن الاذن أو بعده ففي هذه الموارد كلها يجرى ما ذكره المصنف من أن الأصل عدم كون الفسخ واقعا في زمان الخيار فيترتب عليه بطلان الفسخ و أن الأصل عدم وقوع الرجوع في زمان العده فيترتب عليه بينونه الزوجه و أن الأصل عدم وقوع بيع الراهن قبل رجوع المرتهن فيترتب عليه بطلان البيع و أن الأصل عدم وقوع الفسخ في زمان المجلس و في ثلاثه أيام فيترتب عليه عدم

تأثير الفسخ و أن الأصل عدم وقوع الصلاه فى حال الطهاره فيترتب عليه بطلان الصلاه و هكذا.

و ذكر بعضهم أن الأصل هنا يقتضى عكس ما ذكره المصنف و أنه لا بدّ من الحكم بتأثير الفسخ و صحه بيع المرتهن و صحه الصلاه لا من جهه ما ذكره المصنف من إجراء أصاله الصحه هنا فى الفسخ لجريان المناقشه فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۲۹

هذه القاعده كما أشار إليه السيّد فى الحاشيه و ذكرناه مرار، بل من جهه أن الموضوع المركب إذا أحرز أحد الجزئى بالأصل و الآخر بالوجدان يترتب عليه الأثر و القضيه فى الموارد المذكوره كذلك حيث أن الفسخ مثلا محرز بالوجدان و زمان الخيار محرز بالأصل، و ح فيترتب عليه الأثر و هو كون الفسخ فى زمان الخيار و كذلك ان الصلاه متحققه وجدانا و الطهاره محرزه بالأصل و هكذا ان البيع محرز بالوجدان و اذن المرتهن محرز بالأصل و هكذا بقيه الموارد و اذن فيترتب الأثر على الفسخ فى المقام و كذا فى نظائره.

و دعوى أن الأصل يعارضه أصل آخر هنا و هو أصاله عدم الفسخ الى ما بعد الانقضاء أو المسقط فاسده حيث ان أصاله عدم تحقق الفسخ الى ما بعد الانقضاء لا يثبت كون الفسخ بعد زمان الخيار الذى هو مورد للأثر الّا على القول بالأصل المثبت الذى أثبتنا فى الأصول عدم جريانه كما هو واضح.

لاـ يقال انه لا مدفع لمعارضه الأصلين المذكورين و لا تصل النوبه إلى دفع الأصل المعارض بكونه مثبتا لا يترتب الأثر عليه و ذلك لأن أصاله عدم تحقق الفسخ المقيد بكونه فى زمان الخيار يرفع الموضوع المركب و لا يترتب عليه الأثر و كذلك

أصاله عدم وقوع الصلاه مع الطهاره و أصاله عدم وقوع البيع مع اجازه المرتهن و أصاله عدم كون رجوع الزوج فى حال العده الرجعيه و هكذا.

فإنه يقال ان هذا الكلام له وجه إذا كان الموضوع هو الأمر الوجودى أعنى عنوان الاقتران أو عنوان التقيد فإنه ينفى هذا العنوان الوجودى بالأصل المذكور و يقال ان الأصل عدم الاقتران و عدم التقيد و ح لا يترتب الأثر عليه و لكن الأمر ليس كذلك حيث ان الموضوع فى الموارد المذكوره انما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۳۰

هو ذوات الأجزاء أى الفسخ و كونه فى زمان العقد و أما عنوان الاجتماع، أو الاقتران، أو التقيد، فليس موضوعا للحكم أصلا.

و عليه فلا شبهه أن ذوات الاجزاء بعضها محرز بالوجدان و بعضها محرز بالأصل و بحكم الشارع و هذا الأصل المذكور لا يكون معارضا لما ذكر من جريان الأصل فى الموضوع المركب (على أن ما ذكره المستشكل من جريان الأصل فى نفى عنوان الاقتران و الاجتماع انما هو خلف الفرض حيث ان المفروض جريانه فى المركب و ما ذكره اجراء له فى العنوان البسيط كما هو واضح مقرر).

أقول: الظاهر هو التفصيل بين ما ذكره المصنف و بين ما ذكره هذا القائل.

و توضيح ذلك أنه ان كان الشك فى السعه و الضيق فى المستصحب فالأمر كما ذكره هذا القائل، و ان كانت السعه و الضيق محرزين و كان الشك من جهه أخرى فالأمر كما ذكره المصنف و بيان ذلك أنه إذا علم بعد الصلاه بأنه أحدث حدثا بعد الطهاره و لكن لا يدرى أنه وقع بعد الصلاه أو قبلها فان مرجع ذلك الى الشك فى سعه الطهاره حتى الى ما بعد

الصـلاه و ضـيقها و كونها قبل الصـلاه فقط، و ح نقول ان الصـلاه متحققه وجدانا و الطهاره نستصحبها الى آخر الصلاه و يحكم بصـحتها و وقوعها فى حال الطهاره وجدانا إذ الصلاه واقعه وجدانا و الطهاره ثابته إلى آخر الصلاه بحكم الشارع، فتكون الصلاه واقعه فى حال الطهاره وجدانا كما هو واضح.

و هـذا نظير ما إذا شك فى بقاء الطهاره فاستصـحب و أبقاها و صـلى بذلك فهل يتوهّم أحد بطلان ذلك الصـلاه و كذلك فى المقـام؟ و لاـ معنى لمعـارضه هـذا الأصـل بأصاله عـدم وقوع الصـلاه فى حال الطهاره كما عرفت إذ المراد من ذلك الأصل هو الأصل الجارى فى الجزء و هو عدم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۳۱

وقـوع الصـلاه الى انقضـاء الطهـاره و قـد عرفت أنه مثبت و ان كـان المراد من ذلـك الأصـل هو المجموع المركب أى الصـلاه المقيـده بالطهـاره مثلاـ فقـد عرفت أنه لاـ يجرى فى المجمـوع المركب من جهه عـدم كـون المجموع بعنوان المجموع موضوعا للحكم كما هو واضح.

[قوله الثالثه لو ادعى المشترى الجهل بالخيار أو بفوريته]

و الحاصل: أن الكلام كان فى الاختلاف فى فوريه الخيار و عـدمها، و قـد ذكر المصـنف أنه لو اختلفا فى تأخر الفسـخ عن أول الوقت بناء على فوريه الخيار ففى تقـديم مـدعى التأخير لأصاله بقاء العقـد و عدم حدوث الفسخ فى أول الزمان أو مدعى عدمه لأصـاله الصـحه، وجهان:- أقول: قـد عرفت أن هـذا البحث سـيال و ليس مخصوصا بالمقام، بل يجرى فى كل حادثين فى زمان واحـد يشك فى تقـدم أحدهما على الآخر و عدمه كموت المورث و إسـلام الوارث و كبيع الراهن و رجوع المرتهن عن اذنه و كالفسخ و التفرق فى خيار المجلس، بل يجرى فى متعلقات

التكاليف أيضا كالصلاه و الطهاره و نحوهما و يجرى كلام المصنف فى جميع ذلك من ان الأصل عدم تحقق الفسخ فى زمان الخيار و أن الأصل عدم وجود الصلاه فى حال الطهاره و هكذا و قد عرفت أنه ذكر بعضهم عكس ذلك و التزم بان الموضوع فى أمثال الموارد مركب من جزئين، أحدهما ثابت بالأصل و الآخر ثابت بالوجدان، فيترتب عليه الأثر و لا يكون أصاله عدم وقوع الفسخ مثلا فى زمان الخيار معارضا لذلك الأصل لأن الموضوع هو ذات الجزئين و كونهما فى زمان واحد.

و أما عنوان التقيد فليس موضوعا للحكم حتى ينفى بالأصل فراجع الى ما ذكرناه مفصلا قبل هذا.

و التحقيق هو التفصيل فى المقام و القول بجريان الأصل فى بعض الموارد و بعدم جريانه فى بعض الموارد الآخر أصلا فضل عن المعارضه و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۳۲

توضيح ذلك أن موضوع الحكم فى الحادثين قد يكون زمانيين بذاتهما من غير أن يلاحظ اجتماعهما و تقيد أحد الحادثين بالآخر و قد يكون موضوع الحكم هو ذات الزمان و الزمانى من غير تقيد أحدهما أيضا بالآخر، و قد يكون هذه الصوره أيضا مقيدا أحدهما بالآخر بحيث يكون موضوع الحكم هو وقوع الحادث فى ذلك الزمان.

أما الصوره الأولى: فلا شبهه فى جريان الأصل فى أحد الجزئين إذا أحرز الجزء الآخر بالوجدان و يترتب عليه الأثر و المقام من هذا القبيل حيث ان موضوع الحكم انما هو ذات الفسخ و ذات الخيار بحيث يكون هذان الجزءان مجتمعين من غير أن يكون عنوان الاجتماع قيدا للموضوع و انما الموضوع هو نفس الاجزاء و لا يستفاد من الأدله الا أن الفسخ فى زمان الخيار يؤثر أما

أن الزمـان أيضا دخيل فى الحكم، و اما فلا، بل الموضوع الحكم انما هما الجزءان زمانيان و هو الفسـخ و الخيار و انهما بـذاتهما مركبـا موضوع للحكم و كـذلك الصـلاه و الطهـاره فـإن الصـحه مترتبه على الصـلاه الواقعه مع الطهـاره من غير أن يكون زمان الطهـاره دخيلاـ فى موضوع الحكم، فـان مثـل ذلك فأحـد الجزئين إذا كان محرزا بالوجـدان و الجزء الآخر بالأصل يترتب عليه الحكم فان اللازم انما كون المصـلى متطهرا و من الواضـح أن الصـلاه قد تحققت جزما و وجدانا فلا معنى لإجراء الأصل فيها و القول بأنها لم تتحقق و الجزء الآخر أعنى الطهاره فقـد أحرزها بالأصل فيكون المصـلى متطهرا بالتعبد و يكون وقوع الصـلاه فى حال الطهاره أيضا وجـدانيا غايته فى الطهاره التعبـديه كما هو واضـح و لا دليل هنا يقتضـى لزوم وقوع الصـلاه فى زمان الطهاره حتى يقال ان هذا القيد إنما ينفى بالأصل فيكون الأصـلان معارضين و لا يبعد أن يكون خيار المجلس أيضا من هذا القبيل و أن الزمان غير دخيل فى ثبوت الحكم و انما الموضوع هو ذات المجلس و الفسخ

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۳۳

و اقتران نفس ذاتهمـا من غير أن يكون وقوع الفسـخ فى المجلس موضوعا للحكم، بل هو أمر انتزاعى من تحقق هـذين الجزئين فإذا شك فى أن الفسـخ هل وقع قبل التفرق أو بعـده فنقول أن ذات الفسـخ قـد تحقق وجدانا و عدم التفرق أعنى الاستصـحاب العدمى أو نفس المجلس اعنى الاستصحاب الوجودى نثبته بالأصل فيترتب عليه الأثر و هو تأثير الفسخ فى هدم العقد.

و اما كون الفسخ واقعا فى زمان المجلس فلم يثبت ذلك من الدليل بوجه و من هذا

القبیـل أیضـا بیع الراهن مع رجوع المرتهن و الشک فی أن الرجوع وقع قبل البیع أم بعـده، فان ما هو موضوع الحکم؟ هو وجود الاذن و تحقق البیع و أن نفس اجتماع ذات هذین الأمرین موضوع للحکم.

و أما وقوع البیع فی زمان الاذن فلیس موضوع للحکم و لا یظهر من الأدله مـدخلیه الزمان فی ذلک و من هذا القبیل ما تقدم من الصـلاه و الطهاره المتیقنه مع الشک فی أن الحـدث هل وقع قبل الصـلاه أم بعدها کیف فهی مثل الطهاره المشـکوکه المسـبوقه بالطهاره المتیقنه فإنه إذا أبقاها المکلف و صـلی بها فهل یتوهم أحد أن الأصل عدم وقوع الصلاه فی حال الطهاره و من الواضح أنه لا فرق بین هذا و بین المقام.

و الحاصـل: أن فی کل مورد حـدث حادثان و شک فی تقـدم أحـدهما علی الآخر و عـدمه و لم یکن الزمان دخیلا فی موضوع الحکم، بـل کـان الموضوع ذات الجزءان الـذان یجتمعـان و یقترنان من غیر کون التقارن أیضا دخیلا فی الموضوع أمکن إثبات الحکم لترتبه علی موضوع مرکب قـد حصل أحـدهما بالوجـدان و الآخر بالتعبـد، و لا یمکن نفی وقوع أحدهما فی زمان تحقق الآـخر بالأصل لأن التحقق وجـدانی لأن تحقق الجزء الوجـدانی فی حال تحقق الآخر بالتعبـد وجـدانی، و عنوان وقوعه فی زمان الآخر لیس موضوعا للحکم، بل هو أمر انتزاعی کما هو واضح لا یخفی.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۲۳۴

و أما إذا کان أحـد الجزئین زمانیا و الأخر زمانا من غیر اعتبار وقوع الجزء الزمانی فی الزمان فی موضوع الحکم فإنه أیضا یترتب الحکم علی الموضوع المرکب الثابت أحد جزئیه بالوجدان و الآخر بالأصل لأن ما هو موضوع

الحکم تحقق الزمان و الزمانی معا و اجتماعهما بذاتهما.

و أما عنوان وقوع الزمانی فی الزمان أو الطرفه أو غیر ذلک فلیس بموضوع للحکم أصلا و هذا کخیار الحیوان فإنه إذا فسخ المشتری العقد و وقع الخلاف فی أنه هل وقع الفسخ فی ضمن الثلاثه أو بعدها فإنه یحکم بکونه فی ضمنی الثلاثه و ذلک لأن موضوع الحکم انما هو الفسخ فی ضمنی الثلاثه و قبل تمامها و من المعلوم أن الفسخ قد تحقق وجدانا و عدم انقضاء الثلاثه أو بقاء هذا الزمان محرز بالأصل فیتم الموضوع المرکب أحد الجزئین بالأصل و الأخر بالوجدان و علی هذا فلا معنی لنفی وقوع الفسخ فی الثلاثه بالأصل لعدم کون ذلک موضوعا للحکم و انما الموضوع ذات هذان الجزئین و قد عرفت أن أحدهما محرز بالأصل و الآخر بالوجدان، فکما أن الفسخ وجدانی و کونه فی الثلاثه أیضا وجدانی و ان کانت الثلاثه ثابته بالتعبد و لیس هنا عنوان وقوع الفسخ فی الثلاثه موضوعا للحکم حتی ینفی بالأصل بل ذات الفسخ قبل تمام الثلاثه.

و قد عرفت أن ذات الفسخ فی الثلاثه وجدانیه و من هذا القبیل أیضا الصلاه و الصوم علی ما ذکرناهما فی محلهما فان الظاهر من الاخبار و من قوله تعالی أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَىٰ غَسَقِ اللَّيْلِ و کذا فی قوله تعالی ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ هو أن الإمساک انما هو لا بدّ و أن یکون قبل اللیل و الصلاه انما هی أداء قبل خروج النهار و أن الظاهر من قوله تعالی كُلُوا وَ اشْرَبُوا حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ، هو أن الأکل لا بدّ و أن یکون قبل ذلک و هذا

هو موضوع الحكم فإذا أمسكنا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۳۵

و صلينا أو أكلنا فى شهر رمضان و شككنا فى أن النهار باق حتى لا يجوز الإفطار أو تكون الصلاه أداءه أم لا، أو الأكل وقع قبل الفجر أم لا؟ فإنه لا شبهه أن الصلاه واقعه وجدانا و كذلك الإمساك و الأكل و بقاء الليل أو النهار نثبته بالاستصحاب الوجودى بأن يقال الأصل بقاء الليل أو النهار أو بالاستصحاب العدمى و يقال الأصل عدم بقاء النهار أو الليل فليتم الموضوع المركب فيترتب عليه الحكم و أما عنوان وقوع الصلاه فى النهار أو الإمساك كك فليس موضوعا للحكم حتى ينفى بالأصل و يكون هذا الأصل معارضا بالأصل الذى يثبت الموضوع هذا أيضا واضح و من هذا القبيل أيضا رجوع الزوج مع الشك فى أنه وقع فى العده أم لا.

و أما القسم الثالث: و هو أن يكون الموضوع هو الحادثان و كان أحدهما زمانا و الآخر زمانيا مع اشتراط وقوع الزمانى فى الزمان فإنه ح لا يجرى هنا أصلا، لا أنه يجرى و يكون معارضا مع الأصل الجارى فى استصحاب نفس الزمان و ذلك لأن استصحاب الزمان لا يثبت وقوع الحادث فى الزمان المستصحاب الّا على القول بالأصل المثبت.

و على الجمله فالأصل فى الشق الثالث ليس بجار فى نفسه لعدم ترتب الأثر عليه لا أنه يجرى و يكون معارضا بأصاله عدم وقوع الحادث فى ذلك الزمان المستصحب فافهم.

و قد ذكرنا فى تنبيهات الاستصحاب فى تنبيه جريان الاستصحاب فى الزمان و الزمانى ما ينفعك هنا فراجع، و من هنا يظهر أنه لو شك فى بقاء وفت الخيار ابتداء و عدم بقائه فاستصحب ذو الخيار و فسخ كان

فسخه ماضيا و ليس لأحد أن يقول أن الأصل عدم وقوع الفسخ كما هو واضح.

و من الوضوح أيضا أنه لا فرق بين كون الحادثين مجهولى التاريخ و بين كونهما معلومى التاريخ، كما هو واضح، و أما إثبات الحكم بالصحه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۳۶

بأصاله الصحه كما ذكره المصنف وجها فى المقام فهو أيضا ضعيفه.

و الوجه فيه أن أصاله الصحه فى فعل الغير لا دليل عليها مطلقا إذ الدليل انما هو فيما إذا كان من العقود فإنه قامت السيره القطعيه على جريانها فيها و أما فى غيرها فلا دليل عليها، و أما القول بها لقوله عليه السلام ضع فعل أخيك على أحسنه. فقد ذكرنا مرارا أن معناه أن ما صدر عن المسلم فكان له وجهان: وجه صلاح و وجه فساد، ضعه على الصلاح و لا تعامل معه معامله الفاسق لا أنه يترتب عليه آثار الصدق أيضا كما هو واضح، فافهم و أيضا ان مورد أصاله الصحه هنا مشكوك.

قوله: لو ادعى المشترى الجهل بالخيار.

أقول: ذكر المصنف أنه لو ادعى المشترى الجهل بالخيار أو بفوريته بناء على فوريته سمع قوله ان احتمل فى حقه الجهل للأصل ثم ذكر التفصيل بين الجهل بالخيار فلا يعذر الّا نشاء فى بلد لا يعرفون الاحكام و لو ادعى الجهل بالفوريه فيعذر مطلقا لأنه مما يخفى على العامه.

أقول: قد يقال انه لا وجه لتقييد الفوريه بالعلم بالفوريه بحيث يكون مدعى ذلك معذورا و ذلك لانه يعقل أن يكون العلم بالحكم مأخوذا فى موضوعه.

فهل يتوهم أحد أنه لو ادعى أحد أن خيار الحيوان مقيد بعلم من له الخيار بزمانه و كذا خيار المجلس، بل الخيار انما ثبت بالأدله الداله على أن الخيار

انما ثبت فی ذلک الزمان فإذا أنقض ذلک الزمان لا یکون له الخیار.

و دعوی أن خیار العیب انما یثبت بظهور العیب فلا- مانع أن یکون فوریته مقیده بعلم من له الخیار قیاس مع الفارق حیث ان موضوع خیار العیب مقیّد بظهور العیب کما فی روایه زراره ثم علم به أی بالعیب، و هذا بخلاف

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۲۳۷

المقام، فان العلم یکون قیدا للحکم فیکون الحکم ثابتا فی حق من هو عالم بالعیب کما هو واضح.

و لکن الظاهر أن ما افاده المصنف صحیح متین و ذلک لأن دعوی فوریه الخیار لا- یتوقف علی تقیید فوریه الخیار بالعلم بالفوریه و ذلک من جهه أن المدعی لا یدعی ذلک، بل یقول (علی ما تقدم سابقا و ان ناقشنا فیه) أن خیار العیب أبدی و لکن التأخیر مع العلم به یکشف عن رضاء ذی الخیار بالعقد فیکون موجبا للإسقاط، فالمرجع فی ذلک الی دعو المسقط لا- أن المقتض للخیار قاصر، بل المقتضی قضی ذلک الی الأبد و لکن التأخیر و عدم الفسخ عن عمل یکشف عن الرضا المسقط، و علیه یکون فوریا و علی هذا فإذا لم یعلم به الّا بعد مده کان الخیار ثابتا فی حقه علی هذا المبنی أیضا و ان ناقشنا فیه سابقا، فإذا علم بالفوریه مع علمه بالخیار یکون له الخیار حین العلم به و إذا أخر عن ذلک یکون ذلک موجبا للإسقاط کما هو واضح.

القول فی ماهیه العیب

قوله: القول فی ماهیه العیب، و ذکر بعض أفراده.

أقول: حیث ان لفظ العیب و العوار قد ورد فی أخبار خیار العیب فقد تصدی الفقهاء رضوان اللّه علیهم لبیان ذلک فقد ذکر فی الصحاح علی ما حکی

عنه أن العوار هو العيب.

و أما العيب: فذكر المصنف أن الظاهر من اللغه و العرف أنه النقص عن مرتبه الصحه المتوسطه بينه و بين الكمال، ثم ذكر أن الصحه ما يقتضيه أصل الماهيه المشتركه لو خلى و طبعه و العيب و الكمال يلحقان له لأمر خارج عنه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۳۸

ثم ذكر أن الميزان فى معرفه مقتضى حقيقه الشى ء هو أن حقيقه هذا الشى ء قد تعرف من الخارج كما يعرف أن مقتضى حقيقه الحيوان و الإنسان أن يكون بصيرا فالعمى عيب فيهما، و لا بدّ أن يكونا سميعا و الخرس عيب فيهما، و هكذا و يعلم من الخارج أيضا أن الكتابه كمال فى الإنسان و ليس مقتضى الطبيعه الأوليه كونه كاتبا أو ذى صنعه كما هو واضح، و كذلك الطبخ فى الأمه فإنه من الأوصاف الكماليه فلا يكون فقدانها عيبا فيهم.

و قد يعلم مقتضى حقيقه الشى ء بملاحظه غلبه الافراد بحيث إذا لوحظ فى الخارج أغلب أفراد الإنسان نجدهم على هذا الوصف، و نكشف من ذلك أن مقتضى الطبيعه الأصليه هو كون الإنسان على هذا الوصف و كذا الحال فى غير الإنسان و أما كون الأفراد النادره على خلاف هذا الوصف فهو لا يقتضى أن يكون على طبق مقتضى الطبيعه الأوليه، بل هو عيب فى تلك الأفراد النادره و أن تخلف الوصف الموجود فى غالب الافراد من الافراد النادره لعارض فيكون عيبا و الوجه استكشاف العيب من ذلك الغلبه مع أنه لا يكون الجزئى كاشفا عن حال جزئى آخر هو أن ملاحظه الأغلب و وجدانه على وصف خاص كاشف عن اتصاف القدر المشترك بذلك الوصف، فيستدل من الأغلب إلى القدر المشترك و يحكم به

على كون كل فرد كذلك بحسب الطبيعه الأوليه.

و من هنا ظهر أن مقتضى الخلقه الأصليه قد يكون على خلاف ما يقتضيه طبع الشى ء أولا و توضيح ذلك أن طبع الشى ء قد يكون مقتضيا لكونه على وصف خاص بحسب خلقته الأصليه و لكن تعرضها طبيعه ثانيه غلبه فيقتضى حاله على خلاف تلك الحاله الأوليه فيكون المدار على الطبيعه الثانويه فيكون المناط فى كون فقدان وصف عيبا أو غير عيب بحسب تلك الحاله الثانويه و قد مثل المصنف لذلك بالضيعه فإنها بحسب طبيعتها الأوليه يقتضى أن لا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۳۹

يكون فيها خراج أصلا، فيكون ثبوت الخراج فى أرض خاصه عيبا و لكن حيث كان أغلب أفراد الأرض قد ثبت فيها الحراج فنكشف من ذلك أن الخراج ليس من العيوب، بل عدم الخراج كمال فى الأرض فإذا كان هناك أرض قد أسقط سلطان الوقت خراجه و ضريبته لجهه خاصه فيكون ذلك كمالا لذلك لا أن ثبوته فى مورد آخر يكون عيبا و على هذا فلا بدّ من ملاحظه هذه الطبيعه الثانويه فإذا كان فرد قد تخلف فيه وصف كمال فيه و نقص عن تلك الطبيعه الثانويه فيكون ذلك عيبا كما إذا كان الخراج فى بعض أفراد الأرض أكثر من غالب أفرادها فإنه ح يكون ذلك عيبا فى هذه الأرض.

و على الجمله فإذا تعارض مقتضى الحقيقه الأوليه و ما يقتضيه طبع الشى ء أولا مع حال أكثر أفراد هذه الطبيعه بحسب الغالب يكون الثانى مقدما على الأول، و لذا لم يكن الخراج فى غالب الأرض عيبا فيها، بل زيادتها فى بعض الافراد على خلاف الأغلب عيب فيه كما هو واضح.

ثم ذكر أن هذا هو الوجه فى

عدم كون الثيبوبه عيبا فى الأمه البالغه إذ أغلب أفراد الإماء و الجوارى المجلوبه من أرض الشرك أن تكون ثيبه و لذا ذهب أكثر الفقهاء أيضا الى عدم كون ذلك عيبا فى الجاريه.

و من هنا اتضح أيضا أنه لا بدّ من ملاحظه الأغلبيه الموجبه لتشكيل حقيقه ثانويه بحسب كل صنف صنف فلا يجوز قياس الأغلبيه فى صنف الى صنف آخر، و على هذا فالثيبوبه ليست عيبا فى الجاريه الكبيره و لكنها عيب فى الصغيره إذ أغلب افرادها ليست ثيبه و كذا إذا كان الخراج فى الدكان من العشر و فى الدور بنصف العشر فإنه لا يكون ذلك فى الدكان عيبا لأن خراج هذا الصنف بهذا المقدار، نعم و فى الصنف الأخر و هو الدور بمقدار أقل.

بل ربما يكون ما يقتضيه الحقيقه الثانويه هو الميزان فى كون زياده وصف أو نقصانه عيبا أو غير عيب بحيث حتى لو كان الشى ء على حسب الخلقه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۴۰

الأصليه يكون ذلك عيبا فيه و هذا لكون الرجل أغلف فان الغلفه و ان كانت على مقتضى الطبيعه الأوليه حيث ان الولد لا يولد مختونا و لكن بحسب الطبيعه الثانويه تكون ذلك عيبا فى العبد.

و على الجمله أن الميزان الكلى فى ملاحظه مقتضى الطبيعه هو كون الشى ء على طبيعه الأوليه أو كون أغلب الافراد على وصف خاص و مع التعارض يتقدم الثانى، هذا محصل كلام المصنف، فافهم.

أقول: ان كان مراده من كون الصحيح ما كان على وفق مقتضى الطبيعه و المعيب ما لم يكن ذلك هو كونه الماهيه و الطبيعه المشتركه بين جميع الافراد مقتضيا لذلك بحيث يكشف بالطريقين المذكورين أن مقتضى الماهيه الافراد مقتضيا لذلك بحيث

يكشف بالطريقين المذكورين أن مقتضى الماهيه الفلانيه أن يكون افراده متصفا بالوصف الفلانى، و إذا تخلف فى فرد يكون تخلفه هنا عيبا ان كان مراده هذا المعنى كما يؤيده التعبير بلفظ الماهيه و الطبيعه فيرد عليه أن الماهيه لا اقتضاء فيها أصلا، و قد قرع سمعك كثيرا إن الماهيه من حيث هى هى، ليست إلا هى لا موجوده و لا معدومه و أن الماهيه بحسب نفسها ليس فيها اقتضاء الوجود و العدم بل الاقتضاء فيها انما هو من الجهات الخارجيه و هلا سمعت قول الشيخ ان الماهيه من ناحيه وجود علته أيس، و من ناحيه عدم علته ليس و على هذا فلا معنى لتعريف العيب، بأنه ما يكون ناقصا عن مقتضى الطبيعه إذ لا اقتضاء للطبيعه أصلا، فضلا عن أن يكون خلافه عيبا و انما الماهيه الإنسانيه مثلا عباره عن الجنس و الفصل سواء تحقق فى الخارج بصيرا أو سميعا أو ذى يد و رجل أم لم يكن له شى ء من هذه الأعضاء أصلا.

نعم، ان أريد من اقتضاء الماهيه اقتران لوازمها بها حيث انها لم يفترق عن الماهيه و عبر عن ذلك مسامحه بكون الماهيه مقتضيه لها و ذلك كزوجيه الأربعه و ككون الإنسان قابلا للعلم و الكتابه و ككون الجسم قابلا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۴۱

للابعاد الثلاثه و هكذا فهذا و ان كان له وجه الا أن لوازم الماهيه لا تنفك عنها أصلا إلّا بعدم الماهيه إذ لا يعقل تحقق الأربعه بدون كونها زوجه و مع انتفاء الماهيه يبطل البيع من جهه عدم المبيع و ظهوره شيئا آخر، و قد عرفت مرارا أن المبيع إذا ظهر غير ما جرى عليه البيع فيكون

البيع باطلا، و الأوصاف التى يعد فقدانها عيبا مع بقاء الماهيه ليس وجودها من مقتضيات الماهيه كالبصر و السمع و نحوها و لأنهما مثل الكتابه و العلم كما قال اللّه تعالى فَجَعَلْناهُ سَمِيعاً بَصِيراً كما قال فى مورد آخر الرَّحْمنُ- خَلَقَ الْإِنْسانَ عَلَّمَهُ الْبَيانَ فيعلم أن الإنسانيه لا تتوقف على كونه سميعا بصيرا، كما أنه لا يتوقف على كونه عالما، كما لا يخفى، فافهم، و لكن هذا الوجه كما لا يمكن تصديقه و كذلك ليس مراد المصنف قطعا إذ لا يتفوه بمثله ذوى مسكه فضلا عن المصنف الذى هو شمس فلك التحقيق و التدقيق.

و ان كان المراد من ذلك أى من مقتضى الطبيعه الأوليه هو كون الشى ء بحسب وجوده مقتضيا لكونه على وصف خاص و إذا تخلف عن ذلك يكون التخلف لعارض فيكون عيبا و هذا هو الظاهر من عباره المصنف، بل هو المتعين مثلا ان الإنسان حسب وجوده الخارجى يقتضى أن يكون موجودا بصيرا و سميعا و له رجل و يد و اذن و أنف و هكذا بقيه الأوصاف و كذلك الحال فى بقيه الأشياء فإذا باع أحد عبدا و ظهر عمى أو باع شيئا آخر و ظهر على غير الأوصاف المشهوره المعروفه التى كان أغلب أفراد الإنسان عليها و يقتض طبعه بحسب الوجود ان يوجد عليها فيكون فقدانه عيبا فى المبيع كما هو واضح.

و هذا الوجه و ان كان له وجه فى مقام الثبوت و لكن لا وجه له فى مقام الإثبات إذ لا طريق الى ذلك بحسب مقام الإثبات فإنه من اين يعلم و يستكشف أن الوصف الفلانى وجوده مستند الى اقتضاء طبع ذلك الشى ء و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۴۲

ليس مستندا الى مقدمات و علل أخرى مثلا من أين يعلم أن مقتضى طبع الإنسان بحسب الوجود أن يكون سميعا و بصيرا حتى إذا لم يكن فى العالم أصلا عمى أو كان و لم يشاهده المتبايعان بل يمكن أن يكون مستندا إلى شى ء آخر كالعلم و الكتابه فإن السمع و البصر ليسا دخيلين فى إنسانيه الإنسان و لذا قال اللّه تعالى فَجَعَلْنٰاهُ سَمِيعاً بَصِيراً أى بعد كونه إنسانا فجعلناه سميعا بصيرا مثلا، إذا لاحظ أحد أى تفاحه فرآه أحمر و لم ير أصلا تفاحه أخرى أبيض، فلا يمكن له فى مقام الإثبات أن يحكم بأن الاحمرار فى التفاحه بحسب اقتضاء طبع الوجود ذلك لا بحسب التصادف آخر، كاشراق الشمس و نحوه و هذا واضح لا ستره فيه و عليه فلا يكون ما ذكره المصنف ميزانا فى بيان حقيقه العيب و ماهيته، بل لا بدّ من المشى بمسلك آخر، بل قد لا يكون هنا طبيعه أصلا فضلا عن أن يقتضى شيئا كما فى مصنوعات البشر، فان كون الفرش مثلا على هيئه غير مرغوبه عيب مع أنه لا طبيعه له حتى تقتضى كونه على حاله خاصه ليكون خلافها عيبا كما هو واضح.

و الحاصل: أنه لما كان العيب و العوار مذكورين فى الاخبار فلا بدّ من بيان حقيقه العيب لكونه موضوعا للخيار، و قد ورد فى مرسله السيارى و عنون فى كلمات الفقهاء أن العيب ما كان زائدا عن الخلقه الأصليه أو نقصت عنها، و تكلم المصنف فى ذلك تحفظا على ظاهر كلمات الفقهاء و المرسله.

و محصّل كلامه أن العيب ما كان ناقصا عن الخلقه الأصليه التى تقتضى الماهيه المشتركه كون الشى ء عليها و إذا كان الشى ء موافقا

لها كان صحيحا و الّا كان معيبا و هذه الخلقه الأصليه قد تكون معلومه بحسب الخارج، بحيث يعرف من الخارج أن العمى عيب فى العبد، و عدمه ليس بعيب و قد يعرف بحسب الغلبه الخارجيه بحيث يكون التخلف فى النادر لعارض فيكون

فقدانه عيبا فيه.

و قد تكون الطبيعه الثانويه هو الميزان فى الصحيح و المعيب كالأرض الخراجيه فإنها بحسب طبعها لا يقتضى الخراج و لكن بحسب الطبع الثانوى يقتضى الخراج و ح يكون العيب زياده الخراج عن الخراج المعهود بل قد يكون الطبيعه الثانويه مقدمه على مقتضى الطبيعه الأوليه فى مقام المعارضه، بل قد يكون كون شى ء موافقا لمقتضى الطبع الاولى عيبا كما فى الأغلف بحيث وجب كونه موافقا لمقتضى الطبيعه الثانويه.

ثم ان ملاحظه الطبيعه الأوليه أو الثانويه و جعلهما ميزانا فى بيان المعيب و الصحيح انما هى بحسب الأصناف لا بحسب الجنس أو النوع كما هو واضح فإنه قد يكون وصف عيبا فى صنف كالثيبوبه فى جاريه الصغيره و قد لا يكون عيبا كالثيبوبه فى جاريه الكبيره مع انهما من نوع واحد و جنس فارد.

ثم ان الثمره بين كون الثيبوبه مثلا- عيبا فى الجاريه الكبيره أو ليست بعيب انما تظهر فيما إذا باع أحد جاريه و اشترط المشترى على البائع كونها بكرا فظهرت ثيبا، فإنه على القول بعدم كون الثيبوبه عيبا يكون للمشترى خيار تخلف الشرط فقط، و أما على القول بكونها عيبا يكون المشترى مخيرا بين الرد و الإمضاء و الأرش بناء على كونه من الأول مخيرا بين هذه الأمور و الّا فيكون له الرد و مع عدمه يثبت له حق مطالبه الأرش على ما ذكرناه سابقا

فإن مطالبه الأرش انما هو فى صوره كون صف المتخلف من العيوب و الّا فلا يثبت له حق مطالبه الأرش كما هو واضح.

ثم قوىّ الوجه السابق و قال لكن الوجه السابق أقوى و مراده من الوجه السابق، ما أفاده أولا من أن الثيبوبه ليست بعيب و عليه فلا وجه للحكم بكون النسخه غلطا و كون السابق عوض الثانى كما فى حاشيه السيّد هذا.

أقول: قد ذكرنا سابقا أنه لا وجه لهذا الكلام فإنه مع عدم وجود

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۴۴

المقتضى للماهيه المشتركه قلنا لو أردنا من ذلك لوازم الماهيه مسامحه فلا يمكن التخلف بين الماهيه و لوازمها كالأربعه و الزوجيه، فان كل منهما لا يتخلف عن الآخر و إذا تخلف فى مورد و كان فرد مثلا فاقدا لوصف لا يكون ذلك عيبا من حيث التخلف عن مقتضى الطبيعه، بل يكشف من التخلف أن الوصف ليس من الأوصاف اللازمه و من مقتضيات الطبيعه بداهه عدم إمكان تخلّف لوازم الماهيه عن الماهيه كما هو واضح، بل قد ورد فى بعض الروايات أن الإباق فى العبد و نحو ذلك عيب فى المبيع مع أنه ليس من مقتضيات الماهيه و العرف قاض بان فقدان بعض الأعضاء عيب فى العبد و الحيوان من أن كونه واجدا لذلك ليس من مقتضيات طبيعه الحيوان.

بل قد لا يكون هنا طبيعه حتى تقتضى شيئا و كونه على حاله مخصوصه كما فى مصنوعات البشر حيث ان كون الفراش على هيئه خاصه مرغوبه للناس ليست من مقتضيات طبعه إذ لا طبيعه للفراش حتى تقتض ذلك مع أن كونه على خلاف هذه الحاله عيب كما إذا كان قناصا من طرف أو لم تكن ألوانه متناسبه

أو غير ذلك مما يعدّ عيبا فيه و هكذا فى غير الفراش من مصنوعات البشر كما هو واضح، فافهم.

و عليه فلا- يمكن المساعده على ما ذكره المصنف من الميزان و الضابطه لبيان حقيقه العيب. على ان السيارى لم يكن معهود الوثاقه على ما ببالي و مع الوثاقه فلا تزيد مرتبته عن المرسله فهى لا يجوز العمل بها على أنها مخالفه للوجدان فان العيب ليس منحصرا بما ذكر فيها كما هو واضح.

و التحقيق فى بيان ضابطه العيب أن يقال أن أوصاف المبيع على قسمين فإنها تاره تكون معتبره فيها بحسب الأغراض الشخصيه بحيث ان المشترى مثلا- يرغب فى نفسه الى ذلك الوصف ككون العبد مثلا كاتبا أو خياطا أو نجارا و نحو ذلك مما هو مورد للأغراض الشخصيه و قد تكون الأوصاف

معتبره بحسب الأغراض النوعيه بحيث يرى النوع تلك الأوصاف معتبره فى المبيع فان كان التخلف فى مثل الأوصاف الأوليه لا يكون خيار العيب للمشترى، بل يثبت له خيار تخلف الشرط حسب ما اعتبره من الأوصاف الكماليه و نحوها فى المبيع.

فان كان التخلف فى الأوصاف الثانويه يكون ذلك موجبا لخيار العيب فان العقلاء يرى مثل تلك الأوصاف معتبره فى المبيع سواء اشترط المتبايعان ذلك عند البيع أم لا- فيكون التخلف عن ذلك عيبا سواء كان التخلف من حيث الزياده أو من حيث النقيصه مثلا- أن العرف يرى كون الجاريه على البكاره مع عدم التصريح بالثيبوبه فإذا ظهرت ثيبه تكون معيوبه فيثبت للمشترى خيار العيب هذا كله إذا تخلف وصف من أوصاف المبيع التى اعتبرها المتبايعان فى المبيع اما بحسب الشخص أو بحسب النوع.

و أما إذا لم يكن هنا تخلف

الوصف، بـل كان على الوصف الـذى كان المبيع الصـحيح عليه و مع ذلك يكون فيه تفاوت القيمه بحيث كانت قيمته ناقصه أو زائـده عن القيمه المتعـارفه كـان للمشترى أو البـائع خيـار الغبن لتخلف الشـرط الضـمنى، و هو تسـاوى القيمه و هـذا خارج عن تخلف الوصف.

و على الجمله أن التخلف قـد يكون فى غير الوصف كتخلف الشـرط الضـمنى مثلاـ فى تساوى القيمه فيكون ذلك موجبا لخيار الغبن و قـد يكون فى الوصف، و هـذا أيضا قد يكون فى وصف اعتبارى المبيع بحسب نظر شـخص المتبايعين و قد يكون معتبرا فيه بحسب نظر العقلاـء، فعلى الأـول يكون موجبا لخيار تخلف الشـرط و على الثانى يكون موجبا لخيار العيب، و هـذا واضـح لا يخفى.

و الحاصـل: أن الضـابطه الكليه فى بيان حقيقه العيب هو أن الأوصاف على قسـمين: الأول: ما يكون معتبرا فى المبيع بحسب بناء العقلاء و اعتبارهم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۴۶

سواء اعتبرها المتبايعان فيه أم لا، لكفايه بنائهم فى اعتبارها فى ذلك بحيث يعتبر فى المبيع حتى مع السـكوت فوصف الصحه ما يكون معتبرا فى المبيع بحسب بنـاء العقلاء مع سـكوت المتبايعين و عـدم ذكرها لبناء العقلاء على كونه واجـدا لهـذا الوصف، و اعتبـاره فى صـحه المبيع و يسـمى ذلـك بوصف الصـحه و إذا تخلف ذلك بزياده شـى ء عليها أو بنقيصـتها ثبت للمشترى خيار العيب فان ذلك أى تخلف تلك الأوصاف بالزياده أو بالنقيصه عيب فى المبيع.

و على الجمله أن كون الوصف وصف الصـحه بحيث يلزم من فقدانه كون المبيع معيبا انما هو باعتبار العقلاء و بنائهم على كون المبيع على هذا الوصف و أن فاقده يكون معيبا.

الثانى أن يكون الوصف معتبرا فى المبيع

بحسب اشتراط المتبايعين كالأوصاف الدخيله فى أغراضهم و كونها أوصاف كمال عندهم.

و على الأول: فإذا تخلف يثبت للمشترى خيار العيب.

و على الثانى: يثبت له خيار تخلف الشرط، و هذا هو الميزان فى المقام و أما كون الشى ء على وصف أو كون أغلب أفراده موصوفا بوصف، فلا يكون ميزانا فى المطلب على ما ذكره المصنف، و لا يكون كاشفا عن الخلقه الأصليه كما تقدم.

و أيضا أن كون أغلب الافراد فى كل صنف فاقدا لوصف يراه النوع وصف صحه لذلك الشى ء و كونه معتبرا فى ذلك شى ء لا يوجب عدم كون فقدانه عيبا، بل يكون فقدانه فى أغلب الأفراد أيضا عيبا فى المبيع و عليه فتكون الثيبوبه عيبا فى الجاريه فإن العقلاء يرى البكاره من أوصاف الصحه للمبيع، بل هو الغالب فى غير الإماء المجلوبه من بلاد الشرك.

نعم، إذا كانت الأفراد الغالبه فى الإماء المحلوبه من بلاد شرك ثيبه كانت ذلك قرينه على أن المشترى أسقط خيار العيب لا أن الثيبوبه ليست

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۴۷

بعيب فإنه فرق واضح بين كون الثيبوبه عيبا و يكون عدم الخيار من جهه القرينه و يلحق بها حكم عدم الخيار و ان كان الموضوع محققا و بين أن لا يكون الثيبوبه خارجا عن العيب موضوعا بواسطه القرائن التى هى الغلبه.

لو صرّح المشترى باشتراط أوصاف الصحه على النحو الذى بنى عليه العقلاء أو صرحا باعتبار البكاره فى الجاريه ثبت خيار العيب أيضا من التخلف من ناحيه الاشتراط و يكون الاشتراط دافعا للقرينه الخارجيه كما هو واضح.

ثم ان المناط فى تعيين الصحيح و المعيب و ان كان هو العرف و بناء العقلاء على كون وصف خاص وصف صحه أو عدم

كونه وصف صحه و معتبر فى صحه المبيع. و لكن مطلق كون أى وصف من أوصاف الصحه بحسب بناء العقلاء ليس ميزانا فى ثبوت خيار العيب، بل لا بدّ و أن يكون تخلف ذلك الوصف من حيث الزياده أو النقيصه موجبا لنقصان ماليه المبيع كالعمى و الخرس و الفلج فى العبد، و هكذا فى غيره، و أما إذا لم يوجب فقدان وصف من أوصاف الصحه نقصا فى ماليه المبيع فلا يكون ذلك موجبا لثبوت خيار العيب فان موضوع خيار العيب ليس هو مطلق ظهور العيب فى المبيع، بل ما كان موجبا للنقص من ماليه المبيع و ذلك فان الظاهر من روايه زراره من اشترى شيئا و به عيب أو عوار فلم يتبرء منه و لم يبين له و أحدث فيه حدثا يأخذ التفاوت فيما بين الصحيح و المعيب و يسقط الرد باحداث الحدث على ما هو مضمون الروايه.

فإن الظاهر من هذه الروايه هو أن مطلق العيب و ان كان نقصا و لكنه لا يترتب عليه حكم العيب إلّا إذا كان موجبا لنقص الماليه ما لا يوجب نقصا فى الماليه لا يثبت فيه التفاوت ما بين الصحيح و المعيب على تقدير سقوط الرد باحداث الحدث فيعلم من ذيل الحديث اعنى قوله عليه السلام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۴۸

فإذا أحدث حدثا يأخذ التفاوت فيما بين الصحيح و المعيب، أن تخلف الوصف انما يوجب خيار العيب و ترتب احكامه عليه إذا كان وجود ذلك الوصف دخيلا فى زياده ماليه الموصوف كما هو واضح و هذا كالخصى فى العبد و الديک، فان ذلک و ان كان بحسب اللغه نقصا فى العبد و الديک، و لكن لا يوجب

نقص المالیه أصلا فإن قیمه الخصی لا یختلف مع غیره بل ربما یکون ارغب من غیر الخصی لأجل بعض الأغراض العقلائیه کما إذا یرید مولاه أن یکون واسطه بینه و بین زوجته فی قضاء حوائجهما و ان کان غرض بعضهم یتعلق بکونه غیر خصی أیضا، کما إذا أراد أن یتزوج له أمه فیولد منهما ولد یکون رقا لمولاه الّا أن ذلک لا یوجب کون قیمه الخصی انقص من غیر الخصی فمثل هـذا النقص لا یکون موضوعا لاحکام العیب فی المقام، بل یکون ذلک من حیث الحکم کعدم العیب أی یکون خارجا عن العیب حکما من هـذا جهه فیکون موجبا للرد فقط دون الأرش فیکون مثل خیار تخلف شرط و لعل الی هذا یشیر کلام العلامه حیث قال إذا لم یعلم المشتری بکون الإماء مجلوبه من بلاد الشرک فتکون الثیبوبه عیبا و الّا فلا، فان الظاهر من ذلک أنه یثبت علیها حکم العیب أو ینفی عنها ذلک أیضا بداهه عدم دخل العلم و الجهل فی حقیقه العیب.

و بعباره أخری أن العیب یمکن ان یدور مدار العلم و الجهل حکما و لکن لا یمکن ذلک موضوعا، فح صوره عدم علم المشتری بکون الأمه مجلوبه من بلاد الشرک یثبت له الرد و الّا فلا، کما أنه قد یکون خارجا عنه حکما بواسطه الغلبه کما تقدم.

نعم، إذا أطلق المبیع لم یتعرض المتبایعان لمثل ذلک الوصف یکون مع بناء العقلاء علی اعتباره فی المبیع و رؤیتهم ذلک من أوصاف الصحه یکون تخلف ذلک موجبا للخیار، و ان لم یکن موجبا للأرش کما تقدم، و لکن هـذا خیار تخلف الشرط أو خیار العیب لا یترتب علیه ثمر أصلا بداهه أن أصل

الخيار مسلّم و ثبوت الأرش مقطوع العدم و ان كان الظاهر مما ذكرناه هو كون هذا الخيار خيار تخلف الشرط دون العيب لما عرفت أن موضوع خيار العيب هو العيب الذى يوجب الرد أو الأرش و هو مفقود فى المقام لعدم كون مثل هذا الوصف دخيلا فى زياده الماليه.

و قد يقال بظهور الثمره فى ذلك بين كون الخيار خيار عيب أو خيار تخلف الشرط فى موردين:

الأول: فى أنه لو كان الخيار هو خيار العيب يسقط بالتصرف، كما صرّح به روايه زراره فإن إحداث الحدث موجب لسقوط الخيار و ان كان المراد منه خيار تخلف الشرط لا يوجب ذلك سقوط الخيار فان خيار تخلف الشرط لا يسقط بالتصرف إلا إذا كان ذلك مؤذنا بالرضا بالعقد، بل لا يسقط بالتلف أيضا على ما تقدم سابقا بداهه أن الخيار متعلق بالعقد و هو باق حتى مع تلف العين، و ليس متعلقا بالعين حتى يسقط بالتلف كما هو واضح و قد أشار المصنف الى هذه الثمره فى كلامه.

ثم أشار الى جوابه بقوله فتأمل، و لعل وجه التأمل فيه هو أن خيار العيب انما يسقط باحداث الحدث فيما إذا ثبت لذى الخيار جواز مطالبه الأرش اما مخيرا بين الرد و الأرش أو يكون له الرد أولا، ثم بعد سقوط الرد يثبت له جواز مطالبه الأرش و أما فيما ليس له جواز مطالبه الأرش لعدم كون العيب مما يوجب نقصا فى الماليه حتى يطالب المشترى الأرش، فإن إحداث الحدث لا يوجب سقوط الرد كما هو واضح.

المورد الثانى: أنه إذا حصل العيب بعد العقد فى زمان الخيار أو قبل القبض فقد تقدم سابقا أن الكلام هنا

يقع فی جهتين:- الاولی: فی أن حدوث العيب فی ذلک الزمان مانع عن الخيار أو ليس بمانع و هذا هو الذی تقدم الكلام فيه.

الجهه الثانيه: فی أن نفس حدوث العيب فی ذلک الوقت يوجب

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۵۰

حـدوث الخيـار أم لاـ و هـذا هو الـذی قلنـا انه يأتی الكلام فيه فی أحكام الخيار و علی هـذه الجهه فربما يتوهم ظهور الثمره من كون انتفـاء الوصف الغير الـدخيل فی زياده الماليه موجبا لخيار العيب أو الشـرط بأنه ان كان ذلک هو خيار العيب كان ثابتا فی صوره انتفاء ذلک الوصف فی زمن الخيار أو قبل القبض و ان هذا الخيار خيار تخلف الشرط لا يكون خيار هنا بداهه أن الشرط الضمنی انما يقتضی كون الوصف موجودا حال العقد فقط و أما الأزيد من ذلک فلا يقتضی كما هو واضح.

و فيه أولاـ أن الاـلتزام بظهور الثمره و ثبوت خيـار العيب بـالنقص بمثـل الوصف المـذكور فی زمـان الخيـار أو قبـل القبض انما يتوقف علی شمول القاعدتان المعروفتان أعنی التلف فی زمان الخيار ممن لا خيار له و أن التلف قبل القبض من مال البائع لزوال وصف الصحه أيضا فإنه علی هذا يكون العيب الحادث فی زمن الخيار أو قبل القبض كالعيب الحادث قبل العقد فيكون مضمونا علی البائع، و لكن بعد تسليم تماميه القاعدتين فلا وجه لتسريتهما الی زوال الأوصاف لعدم دلاله القاعدتين علی ذلک.

و ثانيـا: أن مفـاد القاعـدتين انمـا هو كون ضـمان مـاليه المبيع مع التلف فی زمن الخيـار أو قبـل القبض علی البائع بحيث يفرض المبيع كأن لم يكن و يعطی الثمن للمشتری و من الواضح ليس هنا نقص مالی حتی يضمنه البائع

إذ المفروض أن الوصف الزائد فى ذلك الزمان لا يوجب نقص الماليه حتى يضمنه البائع كما هو واضح.

الكلام فى افراد العيب

قوله: مسأله: لا اشكال و لا خلاف فى كون المرض عيبا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۵۱

أقول: ذكر المصنف أنه لا خلاف فى كون المرض فى العبد أو فى الحيوان عيبا و هو كذلك و انما الإشكال فى بعض افراده كحمى اليوم، فإنه ربما يقال بكونه أيضا عيبا فى العبد و يؤيده شمول إطلاق كثير بأن الحمى عيب لحمى اليوم أيضا، و لكن الظاهر أن هذا ليس بعيب ما لم يكن نوبه كما إذا كان فى الأسبوع مره فإن مثل هذا أى حمى اليوم مما لا يخلو عنه طبع الإنسان نوعا و لا يصدق عليه العيب فى العرف و ان صدق عليه المرض فان فى نظر العرف أن العبد الذى يعتريه الحمى يوما مساوى من حيث القيمه مع العبد الذى لا يكون كذلك و كيف هذا لا اشكال فيه؟

قوله مسأله: الحبل عيب فى الإماء.

اشاره

أقول: من جمله أفراد العيب ذكروا الحبل فى الإماء أو فى بقيه الحيوانات

يقع الكلام هنا تاره فى الإماء و أخرى فى غيرها.

أما الاولى [فى الإماء]

فإنها قد تكون حاملا من المولى فهذا لا شبهه فى بطلان بيعها لكونه بيع أم ولد فلا تصل النوبه هنا الى كون الحبل عيبا أو غير عيب و أخرى تكون الأمه حاملا من غير المولى فهذا هو محل الكلام هنا فنقول لا شبهه فى أن الحمل فى الأمه عيب يرد معه الجاريه للأخبار الداله على ذلك و قد تقدم سابقا فى كون الوطى مانعا عن رد الأمه بالعيب أنه لا يكون مانعا فى الحامل فضلا إذا لم توطأ و هذا لا شبهه فيه بل الأمر كذلك إذا لم تكن هنا اخبار تدل على جواز الرد و عدم مانعيه الوطى عنه و ذلك لأن صدق العيب على الحمل مما لا ريب فيه بداهه أنها فى معرض الخطر للوضع و أنها لا تكون قابله للاستخدام على الوجه الذى تكون غير الحامل قابله لذلك فتكون مثل شراء العين المستأجره مسلوبه المنفعه و هل يتوقف أحد فى أن كون العين مسلوبه المنفعه عيب فى ذلك، بل عدم كون الأمه الحامله قابله للاستيلاد عيب فيها فإنها لو لم تكن حاملا كانت حاملا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۵۲

من المشترى فيكون له فيها نفع من هذه الحيثيه و لكن الحمل مانع عن هذه المنفعه، و كيف كان فلا شبهه فى كون الحمل فى

الأمه عيبا ترد به الى البائع.

ثم انه إذا كـان الحمـل فى ملـك المشترى فهـل يكون ذلـك مانعـا عن الرد أم لا، فالظاهر أنه مانع عن الرد لما عرفت أنها عيب على التقريب المتقدم فإذا يثبت له الأرش فقط، بل مانعيه الحمل عن الرد

هنا لا يتوقف على كونه عيبا و ذلك لأن المـذكور فى المرسله المتقـدمه أن صـبغ الثوب و خياطته يكون مانعا عن الرد، مع أنها كمال للثوب فليس بعيب و أن العمده فى سقوط الرد كانت هى روايه زراره فالمذكور فيها أن احداث الحدث مانع عن الرد و لا يفرق فى ذلك بين كون الحـدث عيبا فى المبيع أم لا و من الواضـح أن الحمل من أظهر أفراد إحـداث الحدث فيكون مانعا عن الرد، و على هذا الوجه الأخير فلا وجه لما أتعب به المصـنف نفسه من أن الحمل عيب و نقل فى ذلك كلمات جلّ الأصـحاب، بل قد عرفت أنه مع عدم كونه عيبا أيضا يسقط به الرد كما هو واضح.

و أما الحمل فى غير الأمه

فقـد ظهر حكم مـانعيته عن الرد هنـا أيضـا من السـابق و أمـا من حيث كونه عيبا فيه بحيث يوجب ثبوت خيار العيب للمشترى أو للبـائع، فـذكر الشـيخ (ره) فى المبسوط أن الحمـل تـابع للحيوان فـإذا باع حيوانا ثم ظهر كونه حاملا فإنه يكون الحمل للمشترى لكونه كالجزء من المبيع و ذكر بعضهم أن الحمل يكون للبائع فإنه أجنبى عن المبيع.

و على القول الأول لا يكون الحمل عيبا، بل هو جزء زائد و يكون دخيلا فى زياده الماليه و أنه مرغوب اليه عند العقلاء.

و بعباره أخرى أن العيب عباره عما يكون فقدانه موجبا لفقدان وصف الصـحه و يكون وجوده معتبرا فى المبيع مع عدم الذكر و يلزم من انعدامه نقص ماليه المبيع و من الواضح أن الحمل فى الحيوان بحيث يكون لمالك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۵۳

الحيوان لا يكون عيبا، بل يكون وصف كمال و دخيل فى زياده الماليه كما هو واضح.

و توهّم

أن الحيوان الحامل يكون فى معرض الخطر عند الوضع توهّم فاسد بداهه أن هذا الاحتمال موهون فى الحيوانات و لذا يقدم بذلك جميع أرباب الحيوانات و يستنتجون بذلك عنها كما هو واضح.

و أما على القول الثانى و لالتزام بان الحمل للبائع فلا شبهه فى كونه عيبا فى المبيع لما عرفت أن المنافع التى تستفاد من غير الحامل التى منها كونه قابلا للاستيلاد و الاستنتاج لا تستفاد من غيره كما عرفت ذلك فى الأمه.

قوله: مسأله: الأكثر على أن الثيبوبه ليست عيبا فى الإماء.

أقول: الظاهر أن المصنف انما تكلم فى ذلك غفله عن المسأله السابقه فإنه قد اتضح من تلك المسأله أن الثيبوبه عيب أو ليست بعيب و قد أعاد جمله مما ذكره هناك.

نعم، فى هذه المسأله ذكر خصوصيه لم يذكرها هناك و هى أنه قد ورد هنا روايتان لا بدّ من التكلم فيهما:

الاولى: ما استدل بها على أن الثيبوبه ليست بعيب فى الإماء و هى روايه سماعه عن رجل باع جاريه على انها بكر فلم نجدها كذلك قال لا ترد عليه و لا يجب عليه شى ء و فيه.

أولا: أن الروايه ضعيفه السند.

و ثانيا: أنها على القواعد فان مقتضى العمل بها هو عدم ثبوت خيار تخلف الشرط فيها مع أنها بديهى الثبوت مع الاشتراط و غير مربوط بخيار العيب و بيان الملازمه أن المذكور فى الروايه هو اشتراط البكاره حيث قال السائل ان الرجل باع الجاريه على انها بكر و لم نجدها كذلك و من الواضح أن ثبوت خيار تخلف الشرط هنا بديهى سواء كانت الثيبوبه عيبا فيها أم لا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۵۴

كما هو واضح على أن الروايه (غريبه) عن الثيبوبه و كونها عيبا أو غير عيب و ذلك لما ذكرنا

فى كون عدم البكاره عيبا فى الحره المتزوجه التى ظهرت غير باكره أن الظاهر من اللغه هو أن البكاره عباره عن المرأه التى لم يصبها رجل سواء كان دم البكاره موجوده فيها أم لا، بل زال لعارض من المرض أو للوقوع من شاهق و نحو ذلك و على هذا ففى الروايه قد اشترطت البكاره فى الجاريه فلم توجد كذلك فقال الامام عليه السلام انه لا ترد الجاريه و لا يجب عليه شى ء و من البديهى أن ذلك لا يثبت كونها ثيبه، بل لعل عدم وجدان السائل كونها كذلك أى أنها غير واجده لدم البكاره أم أنها أصابها الرجل بحيث صارت ثيبه فلا يستفاد من الروايه.

و بعباره أخرى يحتمل أن السائل لم يرى أثر البكاره اعنى دم العذره فاعتقد كون الجاريه ثيبه فسئل عن حكم ذلك و الامام عليه السلام لم يعتنى بذلك، بل رأى أنه لا بد فى الحكم بالثيبوبه من ثبوتها و أما بمجرّد عدم وجود أثر البكاره لا تثبت الثيبوبه لا- يقال أن البكر و ان كان يطلق على المرأه التى لم تر الرجل و على الرجل الذى لم ير المرأه و لكن البكاره هى العذار و هى التى كانت واجده لدم البكاره فالمعنى المذكور لا يجرى فى الروايه.

فإنه يقال نعم و لكن لا يمكن ذلك فى الروايه حيث ان الامام عليه السلام قال لعله كان من مرض و من الواضح أن هذا الكلام له وجه مع المعنى الذى ذكرناه و أما إذا كالمراد هذا الاحتمال فإنه بمجرّد ذهاب دم البكاره تكون ثيبه فافهم.

نعم، لا بأس من الاستدلال على كون الثيبوبه عيبا بروايه يونس فى رجل اشترى جاريه على أنها عذراء فلم يجدها

عذراء قال يرد عليه فضل القيمه إذا علم أنه صادق.

و وجه الاستدلال هو أن الامام عليه السلام حكم بثبوت الأرش بعد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۵۵

ثبوت الثيبوبه فإن مراده من قوله عليه السلام إذا علم أنه صادق هو العلم بكون المدعى صادقا فى دعواه الثيبوبه فإن العلم طريق الى الواقع لا أن المراد من كون العلم بكونه صادقا فى عدم رؤيه اثر البكاره حتى تدل هذه الروايه على عكس الروايه الاولى من الكفايه بثبوت الثيبوبه على عدم وجدان اثر البكاره و هو الدم و كيف كان فالروايه الثانيه تدل على أن الثيبوبه عيب فى الجاريه.

نعم، لو كانت هنا غلبه بأن تكون أغلب أفراد الجوارى ثيبه كالإماء المجلوبه من بلاد الشرك كانت هذه الغلبه قرينه على عدم ثبوت الخيار و رضاء المشترى بالعقد على هذا النحو كما هو واضح.

قوله: مسأله: ذكر فى التذكره و القواعد من جمله العيوب عدم الختان فى العبد الكبير.

أقول: قد عللوا كون عدم الختان عيبا فى العبد ليكون للمشترى حق الفسخ هو أن العبد يكون بذلك فى معرض الخطر إذ ليس ختان الكبير كختان الصغير مأمونا عن الخطر كما هو واضح.

و فيه أولا: أن هذا الدليل أخص من المدعى إذ قد يكون العبد غير مختون و لا يجب ختانه كما إذا كان نصرانيا و لم يقبل الإسلام فإن الختان انما يجب فى العبد المسلم ففى الفرض المذكور لا يجب.

و ثانيا: أن الختان انما يكون موجبا للخطر إذا لم تكن وسائل ابتداءه و أما مع وجودها فلا يكون كذلك.

و ثالثا: أنا لم نسمع كالختان خطريا مع كثرته فى أول الإسلام.

و رابعا أنه إذا كان خطريا لا يجب الختان أصلا فإن حفظ النفس مقدم على ذلك و كيف كان فعدم الختان أو مثله كعدم الجدرى

ليس بعيب فى العبد و عليه فلا يثبت خيار العيب من جهه عدم الختان نعم لو اشترط

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۵۶

عدمه فظهر الخلاف ثبت خيار تخلف الشرط ثم ان الثمره هنا بين كون الخيار خيار عيب أو تخلف شرط هو الثمره المذكوره فى الثيبوبه كما أشار إليه المصنف

قوله: مسأله عدم الحيض ممن شأنها الحيض بحسب السّن و المكان و غيرهما من الخصوصيات التى لها مدخليه فى ذلك عيب ترد معه الجاريه.

أقول: ذكر المصنف أن من جمله العيوب التى ترد به الجاريه عدم الحيض فان ذلك خروج عن مجرى الطبيعى.

أقول: أن عدم الحيض فى نفسه ليس من العيوب، بل هو كمال فى نفسه نعم إذا كان كاشفا عن كونها مريضه كان عيبا فإن الجاريه لا تحيض لوجود مانع فيها و مرض يكون مانعا عن الحيض و هذا هو المراد من الروايه التى سئل السائل عن جاريه لم تر الحيض فى سته أشهر فإنه قال الامام عليه السلام فهذا عيب ترد من الجاريه.

و أما تقييد كون ذلك عيبا إذا كان ظهورها بعد سته أشهر تمسكا بهذه الروايه أيضا فاسد بداهه أن سته أشهر إنما ذكرت فى كلام الراوى فلا توجب تقييد الحكم.

لا يقال ان هذه الروايه لا يمكن العمل بها بداهه أنها مخالفه للقاعده التى أسّسها الفقهاء من كون التصرف مسقطا للخيار إذ لا يخلو الأمه فى مده سته أشهر عن التصرف حتى بمثل اسقنى الماء و ناولنى الثوب و أغلق الباب.

فإنه يقال انك قد عرفت فيما سبق أنه لا وجه لهذه القاعده أصلا و أن التصرف لا يكون مسقطا للخيار إلّا إذا كان كاشفا عن الرضاء بالعقد أو دل نص خاص عليه كما فى الوطى حيث ورد أنه مسقط للخيار. و على هذا فكيف يمكن رفع اليد بمثل هذه القاعده عن الروايه الصحيحه.

قوله: مسأله: الإباق عيب بلا اشكال و لا خلاف.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۵۷

أقول: ذكروا من افراد العيب الإباق، و ادعوا عليه الإجماع، بل هو من أفحش العيوب، و تدل عليه روايه أبى هشام الآتيه فى عيوب السنه نعم ربما يتوهم تعارضها بروايه قيس انه ليس فى الإباق عهده و لكن المراد من روايه قيس هو أن يكون الإباق عند

المشترى من غير أن يكون موصوفا بـذلك عنـد البـائع فإن الظاهر من هـذه العباره أن حـدوث العيب كان عنـد المشترى لا عند البـائع و الّا فلا معنى لعـدم كون العـده عليه كما يقال ان العهـده فى التلف فى زمن الخيار للبائع أو العهـده فى الجنون أو البرص إلى سـنه الى البائع كما فى الروايه و هـذا المعنى هو الظاهر من الروايه كما قلنا و هـذا موافق للاعتبار أيضا إذ ربما يكون المولى الأـول قائمـا بمخارجه فلا يكون أبقا بخلاف المولى الثانى فيكون الإباق مسـتندا الى ذلك فليس هـذا حملا لها عليه، كما ذكره المصـنف، فتحصل أنه لا شـبهه فى كون الإباق عيبا فى العبد و انما الكلام فى أن الإباق بمجرّد تحققه و لو مره واحده عند البائع يكون عيبـا فيه أولاـ بـل لاـ بـدّ و أن يتكرر منه هـذا العمـل أو كان بانيا على ذلك و الّا فلو أبق مره ثم تاب عن عمله فلا يكون بذلك أبقا.

الظاهر هو اعتبار الاعتياد بـذلك أو كان بانيا عليه و يعلم من حاله الإباق و الّا فإذا أبق مره واحده و عصـى، ثم تاب و صار عادلا لاـ يطلق عليه الآبق هـذا هو الظاهر من بعض الروايات أيضا حيث عبّر فيها بأنه كان أبقا فان هـذا التعبير انما يطلق فى مورد يكون الاعتياد بذلك بحيث صار وصفا عاديا له و لا يتحقق بإباق واحد كما هو واضح.

قوله: مسأله: الثفل الخارج عن العاده فى الزيت و البذر و نحوهما عيب يثبت به الرد و الأرش.

أقول: ذكر الفقهاء و المصـنف أن من جمله العيوب ما يكون الشـى ء مخلوطا بشى ء آخر اختلاطا خارجا عن المتعارف فإذا باع حنطه فظهر فيه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۵۸

تراب خارج عن المتعارف كان المبيع معيوبا و كذا إذا

باع السمن الزيت و ظهر أن فيه دردی كان السمن معيوبا فللمشتری خيار العيب، و هذا الذی ذكره المصنف مما يقتضيه العرف فان كون الخليط أكثر من المقدار المتعارف عيب عرفی.

و عليه فلا يفرق بين كون غالب الأفراد الموجوده فی الخارج كذلك أو بعضها فلا وجه لما ذكره المصنف من التعليل بقوله لكون ذلك خلاف ما عليه غالب أفراد الشی ء فإنك قد عرفت سابقا أن الغلبه لا تكون موجبه لتعيين الطبيعه نعم تكون هذه الغلبه مع السكوت عن الوصف نفيا و إثباتا قرينه على كون المشتری راضيا بذلك المبيع المعيب فيكون ذلك موجبا بسقوط خيار العيب، الّا أن يشترط صريحا وجود الوصف الذی فقده أكثر أفراد هذه الطبيعه كما هو واضح و ح يقع الكلام فی ثمره كون هذا الخيار هو خيار عيب أو خيار تخلف الشرط و هی عين الثمره المذكوره فی ثيبوبه الإماء بين كون الثيبوبه عيبا فی الجاريه أو يكون تخلفها موجبا لخيار تخلف الشرط كما هو واضح.

و قد ظهر أن كون الخليط فی المبيع عيبا أمر عرفی موافق للقواعد فيكون مشمولا لقول زراره أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار إلخ، و مع ذلك لا نحتاج إلى الروايه فی المقام و ح فتكون روايه عيسى بن عبد العزيز مؤكده للمطلب حيث قال قلت لأبی عبد اللّه عليه السلام فی الرجل يشتری زق زيت يجد فيه درديا قال ان كان يعلم أن الدردی يكون فی الزيت فليس عليه أن يرده و ان لم يكن يعلم فله أن يرده و قد عرفت فی السابق أن العيب لا يختلف بالعلم و الجهل فمراده من جواز الرد مع عدم العلم و عدم جوازه

مع العلم هو بالنسبه إلى حكم العيب فان كون العيب موجبه للرد انما هو مع الجهل به دون العلم به.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۵۹

و على الجمله لا شبهه فى كون ذلك عيبا فى المبيع، نعم الظاهر من روايه السكونى أن ذلك أى الخليط المذكور ليس بعيب حيث روى عن جعفر عن أبيه عليه السلام ان عليّا قضى فى رجل اشترى من رجل عكه فيها سمن احتكرها حكره (أى مجتمعه) فوجد فيها ربّا فخاصمه الى على عليه السلام فقال له على عليه السلام لك بكيل الرّبّ سمنا، فقال له الرجل انما بعته منه حكره له، فقال على عليه السلام: انما اشترى منك سمنا و لم يشتر منك ربّا، فان الظاهر من هذه الروايه مخالفه لحكم العيب من الرد و الأرش كما فى المتن.

بل يشكل الأمر فيها من جهه عدم انطباقها بالقواعد حيث ان المفروض فى الروايه ليس هو بيع الكلى حتى يلزم البائع بإعطاء الزيت مقدار ما ظهر منه درديا، بل المبيع هو العين الخارجيه و لذا قال السائل اشترى من رجل عكه فيها سمن احتكرها حكره (أى مجتمعه) و من الواضح أن صفه الاجتماع لا تلائم الكليه كما هو واضح.

و عليه فلا بدّ من توجيه الروايه و الذى ينبغى أن يقال فى توجيهها هو أن المراد من الروايه هو ردّ الثمن الذى يقع فى مقابل الرب اعطى فى مقابل السمن فان قوله عليه السلام لك بكليل الرب سمنا هو أن لك مبتدء و خبره محذوف فإنه لا بدّ و أن يكون المعطى للمخاطب بكلمه كاف الخطاب أن يكون شيئا و يكون سمنا حالا منه أو تمييزا عنه و يكون التقدير لك شى ء من

الثمن لأن تقدير غير الثمن لا يناسب المقام بكليل الرب حال كون ذلك كيل الرب سمنا أى كان أن يعطى للمشترى بكليل الرب سمن فحيث نقص ذلك و كان بدله الرب فحكم الامام عليه السلام أن يعطى ثمن ذلك السمن و ليس المراد من الروايه إعطاء السمن بكليل الرب فإنه على هذا لا بدّ و أن يكون السمن مرفوعا و الحال أنه منصوب.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۶۰

و على الجمله فإن كان ظاهر الروايه هو ذلك فيها و الّا فلا بدّ و أن يوجه كذلك بحيث يكون ما يعطى للمشترى شيئا من الثمن لا شيئا من السمن ثم انه أشكل المصنف فى المقام اشكالا و أجاب عنه بجواب لكن الاشكال و جوابه بجميع شقوقه ليس مربوطا بالمقام، بل هو راجع الى بطلان البيع من جهه الجهل بالمبيع كما هو واضح.

أما حاصل الاشكال أنه ربما يستشكل فى أصل الحكم بصحه البيع لو كان الخليط كثيرا و علم بحيث يكون مقدار المبيع و أما ما تقدم فى مسأله الاندار من كفايه معرفه وزن السمن بظروفه خارجه بالإجماع كما تقدم أو مفروضه فى صوره انضمام الظرف المفقود هنا لأن الظرف هنا مما يتموّل و الدردى فى المقام ليس مما يتموّل، و أما حاصل الجواب فان كان وجود الدردى بحيث يوجب الجهل بالمبيع من قبيل امتزاج ما لا يتموّل بالمبيع بحيث لا يعلم قدر خصوص الزيت فلا شبهه فى بطلان البيع للجهل بمقدار المبيع و ان كان مجموع الظرف و المظروف معلوما إذ المفروض أن مقدارا من المظروف مال و مقدار منه ليس بمال فيكون المال الذى يبذل الثمن فى مقابله مجهولا، فيبطل البيع للجهل فان انضمام الظرف

بالمظروف إذا كانا مالين لا يضر لأن الجهل حصل من الانضمام و هذا بخلاف هذه الصوره فإن الجهل هنا حصل من اختلاط الغير المتموّل بالمتمول كما هو واضح.

و ان كان الدردى بحيث أفاد نقصا فى الزيت بحيث يرى المجموع زيتا و لكن زيتا معيوبا لا أنه يقال هذا زيت مخلوط بشى ء غير متمول بل مجموعه زيت و متمول و لكنه معيوب من جهه دردى فلا شبهه فى صحه البيع، و لكن يثبت للمشترى خيار العيب كما هو واضح لمكان العيب الذى كان غير معلوم له.

و ان لم يكن الدردى موجبا لتعيب الزيت و لم يكن موجبا لنقص ماليه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۶۱

المبيع، بل موجبا لنقص مقدار المبيع فقط مع وقوع المشاهده عليه فلا يكون البيع باطلا هنا، بل لا خيار للمشترى أيضا، كما إذا باع ما فى العكه الذى شوهد كل رطل بكذا من غير أن يكون مقدار الزيت معلوما و لا مقدار الزيت و الظرف معلوما.

و ما ذكره المصنف من كون الظرف و المظروف معلومين معا فليس بلازم و قد تقدم ذلك فى كتاب البيع فى بيع الصبره و قد يكون النظر الى بيع مجموع الزيت مثلا بعنوان كل رطل بكذا، و لكن بشرط أن يكون هذا الموجود عشره أرطال، فإذا ظهر رطل واحد درديا كان للمشترى خيار تبعض الصفقه و هذا هو الفرق بين هذه الصوره و سابقه فان فى الصوره السابقه لم يكن اشتراط كونه عشره أرطال مثلا ملحوظا بخلافه هنا.

و ان باع ما فى العكه على أنه كذا مقدار فتبين نقصه عنه لوجود الدردى فيه، صح البيع و كان للمشترى خيار تخلف الوصف أو الجزء على الخلاف المتقدم

فيما لو باع الصبره على أنها كذا فظهر ناقصا، و لكن قد تقدم فى بيع الصبره أيضا أن هذه الصوره ليس بمعقول بداهه أن المجموع ان كان مبيعا فلا معنى للاشتراط بعد فيكون المجموع مبيعا واحدا و ان لم يكن مبيعا فلا معنى للإشاره إلى مجموع ذلك، و القول بأنه بعتك ما فى هذه العكه أو هذه الصبره فما ذكره المصنف من الشقوق المتعدده صحيحه غير هذا الأخير، فافهم.

قوله: مسأله: قد عرفت أن مطلق المرض عيب.

أقول:

تعرض المصنف هنا بأحداث السنه و هى أربعه: الجنون و البرص و الجذام و القرن.

اشاره

و أما الحدبه فهى تفسير القرن لما فى بعض الروايات أنه يردّ المملوك لخصال أربعه ثم عدّ الخمسه الجنون و البرص و الجذام و القرن و الحد به،

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۶۲

فيعلم من ذلك أنه هو القرن و قد استفاضه الروايات على ذلك و كونها عيبا ترد بها الجاريه إلى سنه و هذا لا شبهه فيه فى الجمله و لا بدّ من الأخذ بظاهر الروايات من كونها بنفسها عيبا و ان وجد سببها فى ضمنى السنه فلا وجه لتأويلها بأنه لعل موادها كانت قبل السنه كما لا يخفى فإنه ربما يكون الجنون لأمر عرضى كالوقوع من شاهق و نحوه من الخوف و غيره

و انما الكلام يقع فى أربع جهات:

الجهه الأولى: فى أن الجذام أيضا من جمله هذه الأربعه أم لا؟

من جهه أنه ذكر المصنف أن الأردبيلى قد استشكل فى ذلك لعدم وجوده فى روايه محمد بن على مع ورودها فى مقام التحديد و الضبط لهذه الأمور و عليه فيمكن وقوع تعارض بين هذه الروايات و بقيه الروايات الداله على كون أحداث السنه أربعه.

و قد أجاب عنه صاحب الحدائق بعد ما نقله عن الأردبيلى أن يشبه هذا تعارض المطلق و المقيد فيحمل المطلق على المقيد، إلخ.

و لكن أصل كلام الأردبيلى خال عن الإشكال فى الجذام من هذه الجهه و أن صاحب الحدائق لم ينقل من الأردبيلى و روايه محمد بن على مشتمله على ذكر الجذام، بل جميع الروايات الوارده فى المقام التى جمع أحداث السنه ذكر فيها الجذام صحيحه

كانت أم فاسده، فهذا اشتباه من المصنف و العصمه مخصوصه لأهلها.

الجهه الثانيه: أنه قد استشكل المحقق الأردبيلى فى القرن، و هو الحدبه فى الفرج المانع من الوطى،

و قيل هو العظم الثابت فيه المانع من الوطى لعدم وجودها فى صحيحه أبى همام، فحيث أنها فى مقام الحصر و الضبط فتكون معارضه مع الروايات المشتمله على ذكر القرن و ليس فيها روايه صحيحه و هذا الذى ذكره صاحب الحدائق و أشكل عليه بأنه و ان لم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۶۳

يذكر القرن فى هذه الروايه و لكن لا يلزم من ذلك عدم كونه عيبا بداهه أنه يحمل المطلق على المقيد و مراد صاحب الحدائق من هذا الحمل ليس هو حمل المطلق على المقيد بالمعنى المتعارف، بحيث يكون هنا تكليف واحد متعلق بطبيعه واحده مطلقا تاره و مقيد أخرى، و يحمل المطلق منه على المقيد كما فى أعتق رقبه و أعتق رقبه مؤمنه، بل المراد من ذلك هنا أن الامام عليه السلام حيث كان فى مقام بيان العيوب و حصرها فإطلاق الكلام

أی إطلاقه المقامی أن لا یکون هنا عیب أخر یردّ به المملوک فی أثناء السنه و لا شبهه فی کون الروایه مطلقه من هذه الجهه فحیث ورد فرد آخر غیر هذه الثلاثه فی الروایات الأخر فتکون تلک الروایات مقیده لذلک بإثبات القرن فیها أی عدم کون فرد آخر من عیوب السنه مقید بالروایات المشتمله علی عدها بأکثر من الثلاثه و بإضافه القرن إلیها.

ثم ان هذا من عجائب صاحب الحدائق، حیث ان القرن و ان لم یذکر فی هذه الروایه فی طریق الکافی، و لکنه مذکور فیها فی طریق الشیخ، و الکافی و ان کان أضبط من التهذیب و لکن مع دوران الأمر بین الزیاده و النقیصه یقدم ما هو مشتمل علی الزیاده و هذا أول مره صادفت باشتباه صاحب الحدائق و الّا فهو أضبط علی أنه ذکر القرن فی روایه ابن فضال، و هی موثقه.

الجهه الثالثه: أن المحقق الأردبیلی قد استشکل فی البرص أیضا

اشاره

بدعوی أنه و ان کان مذکورا فی تلک الروایات المستفیضه مع الجنون و الجذام و القرن من عیوب السنه و لکن قد ذکر فی روایه أخری صحیحه التی تقدم فی خیار الحیوان أیضا أن العهده فی البرص إلی ثلاثه أیام فیقع التعارض بینها و بین الروایات المستفیضه فالمتیقن هو ان کونه موجبا للرد فی الثلاثه و أما فی غیرها فلا، و هذا الذی ذکره الأردبیلی، و ان کان متینا و لکن

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۲۶۴

حیث کانت الروایات الداله علی کونه من عیوب السنه کثیره و مستفیضه و کان فیها صحیح لصحیحه أبی همام و محمد علی بناء علی کونه حلبیا کما قال الأردبیلی أظن أنه الحلبی و موثقه کروایه ابن فضال و کانت هذه الروایات موضع الاعتماد

للفقهاء و عملهم بها يحصل الاطمئنان من ذلک علی صدق بعضـها من الامام علیه السلام و تقدمها علی تلک الروایه الداله علی کون العهـده فی البرص علی البائع إلی ثلاثه أیام و علیه فیحتمل أن البرص قـد حرف و أن ما صـدر من الامام فی مقام التکلم و الإفـاده هو لفظ المرض و لکن هـذا احتمال نحتمل من جهه معارضه لتلک الروایات الصـحیحه التی نطمئن بصـدور بعضـها عن الامام علیه السلام و الّا فلو جری مثل هذا الاحتمال فی الروایات لجری فی جمیعها و علیه لم یبق حجر علی حجر.

تنبه

فی ج ۱۲ ئل، باب ۲، أقسام العیوب من أبواب أحکام العیوب، ص ۴۱۱ عن أبی همام قال: سـمعت الرضا یقول یرد المملوک من احداث السنه من الجنون و الجذام و البرص، فقلت: کیف یرد من احداث السنه؟ قال:

هـذا أول السـنه، فإذا اشتریت مملوکا فحـدث به شـی ء من هـذه الخصال ما بینک و بین ذی الحجه رددته علی صاحبه، فقال له محمد بن علی فالإباق قال: لیس الإباق من ذا الّا أن یقیم البینه أنه کان أبق عنده، ثم قال:

صاحب الوسائل و رواه الشـیخ بإسناده عن أحمد بن محمد بن عیسی، عن أبی همام قال: سمعت الرضا علیه السلام یقول و ذکر نحوه الّا أنه قال و البرص و القرن.

و فی ج ۲ التهذیب، ص ۱۳۵ عن أحمد بن محمد بن عیسی عن أبی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۲۶۵

همام قال: سـمعت الرضا علیه السـلام یقول: یرد المملوک من احداث السنه من الجنون و الجذام و البرص، فإذا اشتریت مملوکا فوجدت فیه شیئا من هذه الخصال ما بینک و بین ذی الحجه فرده علی

صاحبه، قال محمد بن على: فأبق، قال: لا يرد الّا أن يقيم البينه أنه أبق عنده.

و فى ج ۱ فروع الكافى، ص ۳۹۰، ذكر خبر أبى همام على النحو الـذى ذكره فى الوسائل إلى قوله، و رواه الشيخ إلخ، و فى ج ۱۰ الوافى ص ۱۱۰، ذكر الحديث عن أبى همام ناسبا إلى الكافى و التهذيب، كما فى الوسائل و لم يذكر القرن، و على هذا فما ذكره فى الوسائل من إضافه القرن و نسبته الى الشيخ اشتباه منه، نعم ذكر فى التهذيب القرن فى روايه أخرى.

الجهه الرابعه: أنه قد أشكل على الروايات المشتمله على ذكر الجذام

بـأنه يوجب انعتـاق المملوك بمجرّد حـدوثه و معه كيف يردّ على البائع بالجـذام و قـد وجّهوا ذلك بوجوه لا يمكن المساعـده عليها فان من جمله الوجوه أن ماده الجذام يمكن أن تكون سابقه على البيع و تكون متكونه فى ملك البائع و ح يصحّ الرد اليه و لاـ ينعتق على المشترى و لكنه فاسـد من جهه أنه يمكن أن يكون الجنون أمرا عارضـيا من جهه الوقوع من شـاهق و نحوه بحيث يكون لخلل فى رأسه فيظهر له الجنون.

و التحقق: أن الروايات هنا متعارضه فإن أمكن الجمع الـدلالى فهو، و الّا فلا بدّ و أن يرجع الى قواعد المعارضه و ذلك من جهه أن هـذه الروايات المسـتفيضه انما تـدل على أن الجـذام من عيوب السـنه ترد به الجاريه، و روايه السـكونى دلّت على أن الجذام يوجب العتق فمع قطع النظر عن القرائن الخارجيه فتلك الروايات المستفيضه تقدم على روايه السكونى للاطمئنان بصدور بعضها مع كون روايه السـكونى ضـعيفه و لكن حيث كـان الحكم بـالعتق ممـا تسـالم عليه الأصـحاب فيطمئن به الإنسـان باعتبـار روايه السكونى فمقتضى الجمع

مصباح الفقاهه (المكاسب)،

بينها هو تقييد روايه السكونى بهذه الروايات المستفيضه التى ذكر فيها الجذام، فتكون النتيجه أن المملوك إذا حدث فيه الجذام ينعتق إلّا فى صوره اشترائه من الغير فإنه لا ينعتق إلى سنه، بل يجوز له رده الى بائعه.

ثم انه هل هذا الحكم مختص بالسنه بحيث لو لم يرده إلى بائعه حتى خرجت السنه فلا ينعتق عليه أو ينعتق بعد خروج السنه فذكر بعضهم أن انعتاقه بعد السنه يحتاج الى دليل آخر، بل لو بقى الجذام فيه كان كافيا فى انعتاقه كما هو واضح، و ذلك لأن روايه سماعه شامله للسنه و غيرها، و خرج من ذلك السنه و أن الجذام الحاصل فيها لا يوجب الانعتاق إلى سنه و أما أنه يحتاج انعتاقه بعد السنه إلى دليل آخر فلا.

الجهه الخامسه: أن المشهور قد ذهبوا الى أن التصرف يكون مسقطا للخيار

و من البعيد أن يكون المملوك فى ضمن هذه المده خاليا عن التصرف فبه حتى بمثل أغلق الباب أو اسقنى الماء، و نحو ذلك و عليه فلا يمكن العمل بهذه الروايات على إطلاقها.

و فيه أنا قد ذكرنا سابقا أن التصرف على إطلاقه لا يكون مسقطا للخيار بل التصرف انما يكون مسقطا للخيار اما بكونه كاشفا عن الرضاء بالعقد أو لكونه احداث حدث أو يكون هنا دليل خاص عليه كالتقبيل و اللمس فى الجاريه و ركوب الدابه و نحو ذلك، أما القسم الأول فهو تابع لكشف رضاء المشترى، ففى أى مورد استكشفنا ذلك فهو، و الّا فلا، و أما القسم الثالث فهو أيضا مختص بموارد خاصه و هو خيار الحيوان فلا يكون جاريا فى بقيه الخيارات فكلما تحقق ترتب عليه الحكم و الّا فلا، و أما القسم الثانى: فيقع التعارض بين ما دل على كون

احداث الحدث مسقطا للخيار و بين هذه الروايات المستفيضه بالعموم من وجه حيث ان مفاد هذه المستفيضه أعم من حيث كون الجذام فى ضمن الثلاثه التى هى زمان الخيار فى الحيوان أو

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۶۷

بعدها إلى سنه و مفاد ما دل على كون احداث الحدث مسقطا للرد أعم بين أن يكون الحدث هو هذه الخصال الأربعه أى الجنون و الجذام و القرن و البرص و بين أن يكون غير ذلك فيرجع فى مورد التعارض الى العمومات الداله على لزوم العقد.

الجهه السادسه: قد عرفت سابقا أن فى موارد ثبوت العيب يثبت لمن له الخيار الردّ

و إذا لم يردّ يجوز له مطالبه الأرش و على المشهور يكون من الأول مخيرا بين الأمور الثلاثه اما الرد أو الرضا بالعقد مجانا أو الرضا به مع الأرش.

و على كل تقدير فهل يثبت له مع عدم الرد فى ضمن السنه بالعيوب الثنويه أن يطالب الأرش أم لا؟ و الظاهر أنه ليس له مطالبه الأرش بداهه أن الروايات الداله على ثبوت خيار العيب للمشترى مع ظهوره بعد العقد قد اثبت جواز مطالبه الأرش مع عدم الرد مع كون ذلك، أى مطالبه الأرش على خلاف القاعده و من الواضح أن الروايات المستفيضه الداله على جواز الردّ بالعيوب الثنويه ليس فيها تعرض بالأرش فلا يمكن الالتزام به مع كونه على خلاف القاعده، نعم لو قلنا الأرش ثابت على طبق القاعده لكونه كالجزء من الثمن فمع نقص ما يقابله من وصف الصحه فيرد ذلك الجزء مع القول بأن ماده تلك العيوب الحادثه فى السنه انما هى ثابته قبل السنه فللقول بالأرش مع عدم الرد وجه وجيه و لكن قد عرفت أنفا أن الأرش ليس جزء من الثمن و الّا كان البائع من الأول مشغول

الذمه على ذلک، مع أنه لا يثبت إلّا بالمطالبه.

و ثانيا: أن الأوصاف مطلقا لا تقابل بالثمن كما لا يخفى، و أما الثانى فقد عرفت قبيل هذا أن عيوب السنه قد تعرض للعبد لعارض فى نفس تلک السنه من غير أن يكون مادتها قبل البيع كما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۶۸

قوله: خاتمه فى عيوب متفرقه.

اشاره

أقول: قد ظهر الميزان الكلى فى جواز الرد بالعيوب و لكن قد تعرّض المصنف للعيوب المتفرقه فنتعرض لها تبعا له،

منها أنه ذكر فى التذكره أن الكفر ليس عيبا فى المملوک

و الظاهر أن الكفر ان كان مثل التوثن و التمجس فلا شبهه فى كونه عيبا فى الجاريه لكونه مانعا عن الاستمتاع و أما إذا كان مثل التهوّد و التنصّر فلا يكون لجواز الاستمتاع منها.

و توهّم كون النجاسه فيهما عيبا واضح الفساد بداهه عدم كون المنافع المستفاده من المملوک منحصرا بما يتوقف على الطهاره على أنه ليس بمسلميه النجاسه لكونه من أهل الكتاب و قد أشكل غير واحد فى نجاستهم على أنه يمكن أن يكون العبد اليهودى مطلوبا لبعض الناس فإنه يرى أن واجبات العبد تشغله مقدارا من الزمان فهو يريد أن لا يكون كذلک لكونه غير مبال فى الدين كما تقدم ذلک فى الخصى و كيف كان أن الكفر لا يوجب نقصان ماليه المملوک فلا يكون عيبا يترتب عليه أحكام العيوب، كما لا يخفى.

و منها أن يكون العبد أو الأمه محرمه الانتفاع على المشترى

كما إذا كان ممن ينعتق عليه أو كانت الأمه أخت زوجته، فإنه لا يجوز الجمع بين الأختين أو كانت رضاعيا له، و غير ذلک من الجهات المحرمه، و لكن الظاهر أنه ليس بعيب لعدم نقص فيه، بل المانع من قبل المشترى.

منها ما لو كان المبيع متهما بالوقفيه

و ان لم يثبت ذلک شرعا فان ذلک يوجب نقص ماليته و قله رغبه الناس اليه، و هذا واضح.

و منها الصيام و الاحرام و الاعتداد

و لكن شى ء من ذلك ليس بعيب.

و منها كونه نماما أو ساحرا أو قاذفا و نحو ذلك،

و الظاهر أن هـذه الأوصاف إذا كان بحيث ينجر إلى الفتنه و الفساد فهى عيب فيه، و الّا فلا، فإنه لا يخلو منها نوع البشـر أحيانا و قل عبد يكون عادلا، بل الأحرار كذلك.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۶۹

القول فى الأرش

اشاره

قوله: القول فى الأرش.

أقول: ذكروا أن الأرش فى اللغه هو ما يؤخـذ بدلا عن نقص مضـمون و ديه الجزء الفائت و لا شـبهه فى إطلاقه على المقام و هو تفـاوت القيمه بين المعيب و الصـحيح من الثمن أو المثمن، و ان كـان الغالب أن ذلك يثبت فى المبيع فان الثمن غالبا يكون من النقود فلا يكون معيبا و لا داعى للبحث عن ذلك، بأنه على نحو الاشتراك اللفظى أو المعنوى،

بل المهم هو التكلم فى جهات:

الجهه الاولى: فى ان الأرش هل يثبت فى المقام على طبق القاعده، أو على خلاف القاعده

لا شـبهه فى أنه يجوز للبائع جبران عيب المبيع و انما الكلام فى أن للمشترى إلزامه على ذلك أو لا؟ فان كان على طبق القاعـده فله إلزامه على ذلك، و الّا فلا، الظاهر أنه يثبت على خلاف القاعده، فإنه لا دليل على كونه على حسب القاعده أصلا فإن الوجه فى كون الأـرش على طبق القاعـده هو أن يكون وصف الصـحه الـذى يفقـد فى المعيب أن يقابل بجزء من الثمن كما أن اجزاء المبيع تقابـل بالثمن، فكما أنه إذا فات جزء من المبيع ينقص من الثمن ما يقابله لانحلال الثمن الى كل جزء جزء، و كـذلك إذا فات من المبيع وصف الصحه فيكون الثمن ناقصا منه بمقدار ما يقابل من هذا الوصف و لكن لا دليل على ذلك من بناء العقلاء و الشرع أصلا.

أما بنـاء العقلاـء فواضـح، فإنه ليس منهم بناء على كون وصف الصـحه مقابلا بالثمن ليكون الأرش ثابتا على طبق القاعـده و مع عدم مقابلته بالمال ليس هنا بناء آخر على الأرش و أخذ جزء من الثمن على تقدير انتفائه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۷۰

و أما من الشرع فلم يصل إلينا ما يدل على ذلك، و عليه فلا دليل على كون وصف الصحه

مقابلا بالمال ليلزم من انتفائه كون الأرش على طبق القاعده و من هنا لو لم يطالب المشترى الأرش لم يكن البائع مشغول الذمه على ذلك مع أنه لو كان وصف الصحه يقابل بجزء من الثمن لكان البائع مع عدم التفات المشترى الى ذلك و عدم مطالبته مشغول الذمه على ذلك، مع أنه ليس كذلك، فيعلم من جميع ذلك أن الأرش لم يثبت على طبق القاعده، بل هو ثابت بعنوان الغرامه لدليل خاص يقتضيه، و من هنا لو وقعت المعاوضه بين المعيب و الصحيح و كانا من جنس واحد ربوى لا يلزم الربا مع أن الصحيح زائد عن المعيب بوصف الصحه، و لو زاد على المعيب فى مقابل وصف الصحه شى ء لزم منه الربا فيعلم من ذلك أن وصف الصحه لا يقابل بالمال، و هذا بخلاف ما كان جزء من المبيع ناقصا فإنه يقابل بالمال فيكون البائع مع عدم رجوع المشترى إليه بغير التفات مشغول الذمه و هكذا فيكون نقصان الثمن هنا على طبق القاعده كما هو واضح.

و على الجمله لا دليل على كون ثبوت الأرش على طبق القاعده فيكون ثبوته على خلاف القاعده فيكون الثمن بأجمعه ملكا للبائع بمجرّد البيع و على هذا فلا يلزم من انتفاء الوصف الّا خيار تخلف الوصف و الشرط، فان مرجع تخلف الوصف الى تخلف الشرط و لكن التزم السيّد (ره) فى حاشيته بأن الأرش على طبق القاعده مع تسليمه جميع ما ذكرناه من عدم كون الوصف يقابل بالمال و نحو ذلك بدعوى أن للمعامله مرحلتان مرحله الظاهر و الإنشاء و مرحله اللب و لا شبهه أن وصف الصحه و ان لم يقابل بالمال فى المرحله الاولى و لكنه يقابل

بالمـال فی المرحله الثـانیه بمعنی أن زیـاده بعض الثمن انمـا هی بلحاظ الوصف المـذکور فتمام الثمن فی عالم الإنشاء جعل فی مقابل نفس العین و لیس شی ء منه فی مقابل الوصف لکن فی عالم اللب بعض ذلک الثمن

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۲۷۱

الـذی جعـل فی مقابـل نفس العین مقابل للوصف فإذا فرض تخلفه وجب علی البائع أن یغرم ما فات من المشتری و ما اغترم فی عالم اللب بملاحظه ذلک الوصف فبالتخلف لا یلزم الانفساخ لأن الفرض کون تمام الثمن فی مقابل العین المفروض وجودها و لکن لما کان المشتری قد اغترم من جهه ذلک الوصف و أعطی ما لا مقابل له فی ذلک العالم له أن یرجع علی البائع و له أن لا یرجع و لذا لا تشتغل ذمه البائع علی الأرش من حین العقد، بل من حین المطالبه کما هو واضح.

أقول: لاـ نفهم معنی محصـلا لـذلک فـإنه کلاـم شبیه بالعرفـان فإنه لیس لمعاملات عالمان عالم الظاهر و عالم الباطن، بل ذکرنا مرارا أنهـا أمور اعتبـاریه و حقیقتها قائمه بالاعتبار فما وقع فی مقابل الثمن من العین واقع فی مقابله ظاهرا و لبّا کالأجزاء مثلا فما لم یقع فی مقابل الثمن لا یقع فی مقابله أیضا ظاهرا و لبّا کأوصاف الصحه.

و علی الجمله فللمعاملات جهه واحده لا جهات کثیره، نعم قد یکون الأوصاف داعیه الی زیاده الثمن فی عالم اللبّ و لکنها غیر مختصه بأوصاف الصحه، بل تجری فی أوصاف الکمال أیضا فإن جمیع الأوصاف داعیه الی الثمن کما هو واضح.

و علی هـذا فالأوصـاف لاـ تقابـل بالمـال أصـلا نعم هی موجبه لزیـاده المالیه، بل تکون فی بعض الأحیان تمامیه المالیه بـذلک بحیث

لا تكون للماده مع قطع النظر عن الصوره و الوصف ماليه أصلا و مع ذلك لا يكون الوصف مقابلا بالمال.

و على هـذا فالأـرش ليس على طبق القاعـده، بـل هو غرامه إنمـا ثبتت بالأخبـار الخـاصه و على هـذا فلاـ بـدّ فى كيفيه ثبوته من الرجوع إليها من انه هل هو التفاوت بين المعيب و الصحيح واقعا أو هو التفاوت بين الصحيح

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۷۲

و المعيب بالنسبه الى هذه المعامله.

و الاخبار الوارده فى المقام على ثلاث طوائف فان فى بعضها أنه يرد قيمه العيب و بعضها مشتمل على أخذ أرش العيب و بعضها مشتمل على استرداد مقـدار العيب من الثمن و قـد أشار السـيد الى هذه الاخبار فى حاشيته و ظاهر جميع ذلك وجوب رد تمام قيمه العيب فى هـذه المعامله ان كان قـد دفع المشترى الثمن إلى البائع و نقص مقدار العيب من الثمن ان كان لم يدفع الثمن اليه بعد.

و الحاصل: أن المراد من التفاوت تاره يكون هو التفاوت ما بين الصحيح و المعيب، بالفعل أى عند ظهور العيب من غير ملاحظه التفاوت بينهما حال العقد بأن تقوّم الجاريه مثلا بالنسبه إلى القيمه الواقعيه خمسين دينارا صحيحه و خمسه و عشرون دينارا معيبه و كـان أصـل الثمن خمسه و عشـرون دينـارا فإنه لو كان المراد من رد التفاوت ما بين الصـحيح و المعيب بحسب القيمه الواقعيه كان اللازم هو رد تمام القيمه و هو خمسه و عشـرون دينارا، بل ربما يلزم رد الزائـد عن أصل القيمه و هذا لا يمكن الالتزام به لا من جهه لزوم الجمع بين العوض و المعوض فإنه لا محذور فيه مع دلاله الدليل كما ثبتت نظير

ذلک فی جنایه العبد فإن الجنایه لها مقدر شرعا و ربما یکون ذلک المقدار أزید بمراتب من قیمه العبد لکونه مریضا أو هرما أو نحو ذلک فهل یتوهّم أحد ان هنا یلزم الجمع بین العوض و المعوض، بل المأخوذ انما هو بعنوان الغرامه فلا بأس بکونه أزید من القیمه کما هو واضح علی انک قد عرفت أن الأوصاف لا تکون مقابله بالثمن و انما الثمن قد وقع فی مقابل العین و علیه فیکون المردود لأجل نقصان الوصف غرامه لا قیمه حتی یلزم الجمع بین العوض و المعوض کما هو واضح.

نعم، بناء علی کون الأوصاف تقابل بالثمن یلزم ذلک فإن الأرش المأخوذ

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۲۷۳

یکون أزید من الثمن الذی یقع فی مقابل الوصف فیلزم الجمع بینهما و هذا هو الحل فی عدم لزوم الجمع بینهما فی باب الجنایه أیضا، بل المانع عن هذا الاحتمال هو عدم ظهور الاخبار فیه و عدم مساعده الفهم العرفی علی ذلک حیث ان الظاهر منها و بمقتضی الفهم العرفی هو أن التفاوت هو التفاوت بین المعیب و الصحیح بالنسبه الی هذه المعامله فإن الفهم العرفی قاض بأن المشتری لا بدّ له أن یطالب من البائع ما نقص علیه من قیمه العین بالنسبه الی هذه المعامله لکونها ربطا بینهما و أما القیمه الواقعیه فلا ترتبط بینهما أصلا و یؤید ذلک التعبیر برد جزء من الثمن فی بعض تلک الاخبار مع انک قد عرفت أن التفاوت بالنسبه إلی القیمه الواقعیه قد یکون أزید من مجموع الثمن فلا تصل النوبه إلی رد جزء من الثمن.

و أما اراده التفاوت بالنسبه إلی القیمه الواقعیه لا وجه له کما لا وجه للجواب عنه

بحمل الاخبار على الغالب من عدم تفاوت القيمه السوقيه مع أقل القيمه حال العقد من جهه كون الرد بقرينه على ذلك كما صنعه المصنف أى يكون التعبير بالرد من الثمن قرينه على أن المراد من التفاوت هو التفاوت بالنسبه الى هذه المعامله و الّا قد لا يكون هنا رد كما فى المثال الذى ذكره المصنف و ذلك لاحتمال أن يكون الرد أيضا محمولا على الغالب كما هو واضح.

و على الجمله هنا احتمالان:- أحدهما: أن يكون المراد من التفاوت هو التفاوت ما بين الصحيح و المعيوب بالنسبه الى هذه المعامله.

و الثانى: أن يكون المراد هو التفاوت بالنسبه إلى القيمه الواقعيه و إطلاق الأخبار و ان كان يشمل كليهما و لكن مقتضى الارتكاز العرفى ينصرفه الى الشق الأول فتكون ظاهره فيه كما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۷۴

و من هنا تعرف ما فى عباره المصنف من الغلط حيث انه أشار الى الاحتمال الثانى

بقوله، نعم

ظاهر كلام جماعه من القدماء كأكثر لنصوص توهم إراده قيمه المعيب كلها فان هذا الاحتمال و مورد إراده قيمه المعيب كلها لم يقل به احد كما هو واضح و الظاهر أن النسخه الصحيحه هو قيمه العيب و مع ذلك لا يصح لمكان كلمه أزيد بعده.

و الحاصل: قد ذكرنا سابقا أن الثابت بحسب بناء العقلاء هو كون المبيع واجدا لأوصاف الصحه و أنها معتبره فيه مع السكوت عن الاشتراط و إذا كان كذلك أو اشترط المشترى ذلك على البائع فلا شبهه فى أنه يثبت للمشترى خيار تخلف الشرط لذلك، فان بناء العقلاء على اعتبار الوصف.

و أما الأرش فلم يثبت بناء من العقلاء على ثبوت الأرش و الّا لكان البائع مشغول الذمه من

الأول و ليس كذلك بل يكون الثمن بأجمعه ملكا للبائع، بمجرد البيع، و مما يؤيد ذلك ما ذكرناه فى أول الخيارات من أن الأرش لا يثبت ابتداء، بل انما يثبت مع عدم الرد، و فى طوله مع أنه لو كان الأرش على القاعده لكان ثابتا من الأول و كان المشترى مخيرا بين الردّ و الأرش، من الأول فلا بدّ ح من الرجوع الى الأخبار و الظاهر منها بحسب الفهم العرفى هو أن المشترى يأخذ التفاوت فيما بين الصحيح و المعيب بالنسبه الى هذه المعامله لا التفاوت بحسب القيمه الواقعيه.

و من هنا لم يذهب أحد الى ذلك و ان كان ظاهر الأخبار بحسب النظره الأولى يساعد على الاحتمال الثانى و لكن يزول بالتأمل فيها فان المفروض فى هذه الأخبار عدم وجود الخلل فى المعامله من غير جهه العيب كالغبن و نحوه فتكون المعامله المفروض فيها كون المبيع معيبا محموله على المعامله المتعارفه و هى أن يكون ذلك بثمن متعارف فإذا كان هنا أرش فنسئل عن حكم ما يكون الثمن فيه قليلا بان اشترى المشترى المبيع الذى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۷۵

يسوى بخمسين بخمسه كما يتفق ذلك أحيانا أو اشتراه بثمن متعارف و لكن ترقى و كان بقيمه أغلى الى زمان ظهور العيب، فان قلنا بكونه خارجا عن حدود هذه الأخبار بحيث لم نلتزم بالأرش هنا.

و قلنا أن الأرش انما هو فى المعاملات المتعارفه لكون الأخبار ناظره إلى حكمها فهو بعيد فلا يمكن الالتزام به.

و ان قلنا أن الأخبار انما هى تبين حكم المعاملات المتعارفه من جهه كونها هى الغالب لا أنها مختصه بها، بل هى تبين الميزان الكلى فى جميع المعاملات فالمعاملات الغير المتعارفه

أيضا على حسب المعاملات المتعارفه فيكون المناط فيها هو ملاحظه أصل الثمن و أخذ التفاوت بالنسبه إلى أصل الثمن بحسب نسبه التفاوت إلى القيمه الواقعيه.

و على الجمله المفهوم من هذه الروايات هو الرجوع الى التفاوت بين الصحيح و المعيب بحسب أصل ثمن المعامله نسبه التفاوت الى الصحيح و المعيب إلى القيمه الواقعيه على أنه هو المشهور بين الأصحاب، بل لم يذهب الى الاحتمال الرجوع الى التفاوت بحسب القيمه الواقعيه أحد.

الجهه الثانيه: فى ان الأرش هل يجب أن يكون من نفس الثمن أو يجوز أن يكون من غيره أيضا

الظاهر أنه لا يجب أن يكون نفس الثمن فإنه بعد ما قلنا أن الأرش أمر ثبت على خلاف القاعده فليس ثابتا على طبق القاعده لا يلزم أن يكون من نفس الثمن فان الثمن يكون ملكا للبائع بمجرد العقد فلا دليل على إجبار البائع على إعطاء الأرش من ذلك المال الخاص و انما هو غرامه ثبتت بدليل خاص فللبائع ان يعطيه من غير الثمن أيضا و لكن المتوهم من بعض الروايات أنه لا بدّ و أن يكون الأرش من نفس الثمن خصوصا من روايه زراره التى هى المستند لنا فى خيار العيب و قد عبّر عنها المصنف بالصحيحه حيث ذكر فيها أنه يضع له من ثمنها بقدر عيبها و لكن هذا التوهم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۷۶

فاسد فان المفروض فى هذه الروايه و أمثالها أن الثمن لم يرد إلى البائع بل هو عند المشترى بعد و عليه ان الثمن قد يكون كليّا كما هو الغالب فإن البائع يبيع متاعه بالثمن الكلى نوعا و لا يعين ثمنا خاصا شخصيا، فعلى الأول يقع هنا تهاتر قهرى حيث ان المشترى يطلب مثل ما يطلب منه البائع فبمقدار الأرش يقع التهاتر كما هو واضح.

و عليه فيصح ان يقال

يضع له من الثمن بقدر العيب و ان كان الثمن شخصيا كما هو غير الغالب و ح و ان كان ما يطلبه البائع من المشترى عينا شخصيه و يجوز للمشترى ان يـدفعه إلى البـائع ثم يطلب منه حقه و لاـ يكون هنـا تهـاتر قهرى و لكن لاـ يجب عليه ذلك بل له أن يطبق الكلى الذى يطلب من البائع على هذا الشخص المعين الخارجى كما هو واضح.

و كيف كان لا شبهه فى أن الأرش غرامه على ذمه البائع بعد مطالبه المشترى فلا يتعين أن يكون من عين الثمن.

نعم، بناء على كون الأرش على طبق القاعـده لزم أن يكون من عين الثمن كما هو واضـح، و أما فى بقيه الروايات فالمذكور فيها هو أن يرد البائع على المشترى فضل ما بين الصحيح و المعيب و ليس فيها ما يشعر بكون المردود من الثمن.

الجهه الثالثه: هل يعتبر أن يكون الأرش من النقود أو يكفى كونه من غيرها أيضا؟

الظاهر من الأخبار الداله على ثبوت الأرش هو أن يكون ذلك من النقود فان المسـتفاد من مجموعها هو أن البائع يرد التفاوت ما بين الصحيح و المعيب سواء كان المراد من التفاوت هو التفاوت بالنسبه إلى القيمه الواقعيه أو بالنسبه الى هذه المعامله الخاصه و من الواضـح أن التفـاوت انمـا يعلم بالمـاليه المحضه فـان تقويم الأشـياء و العلم بقيمتها انما هو بماليتها و ما هو متمحض بالماليه فقط، انما هو النقود فيكون الثابت بالأخبار هو

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۷۷

النقود، فالاكتفـاء بغيرهـا يحتاج الى دليل فلم يثبت ذلك حتى لو كان الثمن من الأعيان فإنه مضافا الى ما ذكرناه أنه لم يتعارف أن يقطع من الفراش الذى نفرضه ثمنا لشى ء زراعا بعنوان أنه أرش.

نعم إذا رضى المشترى بذلك فلا بأس به

و ان كان الأرش من غير جنس الثمن، سواء كان الثمن عينا أو نقدا.

و لكن يبقى البحث فى أنه مع رضاء المشترى يكون الأرش عينا هل يكون الأرش هو ذلك الشـى ء ابتداء كما فى حاشـيه السيّد أو بـدله فـإنه بناء على الثانى تكون هنا معاوضه ضـمنيه و الّا فيكون الثابت هو الأرش و هـذا البحث لا تمر له (و تظهر ثمرته فيما إذا اشترط شـى ء فى ضـمنه فإنه بناء على المعاوضه لا يكون للشـرط ابتدائيا و الّا فيكون ابتدائيا مقرر) الّا عمليّا و مع ذلك نقول ان الأرش و ان كان على خلاف القاعـده و لكن قلنا ان اللازم على البائع هو إعطاء النقـد و عليه فالرجوع الى غير النقد و لو كان رضـاء المشترى يحتـاج إلى معـاوضه جديـده فيكون الثـابت أولاـ بعنوان الأـرش هو النقـد ثم يبـدل ذلك بالمتاع بحسب رضاء المشترى بعنوان المعامله الجديده و يكون ذلك تجاره أخرى عن تراض.

الجهه الرابعه: أنه ذكر المصنف (ره) (أنه قد تبيّن مما ذكرنا فى معنى الأرش أنه لا يكون الّا مقدارا مساويا لبعض الثمن

و لا يعقل أن يكون مستغرقا له)

هذا هو المتعين و الوجه فى ذلك أنا و ان ذكرنا مرارا أنه لا دليل على اعتبار الماليه فى المبيع، بل يمكن بيع غير المتمول لغرض شخصـى عقلائى قـد تعلق بـذلك كما إذا اشترى خط أبيه بقيمه جزاف مع عدم رغبه أحد إليه لغرض له لحفظ خط أبيه فإنه مع عـدم كونه من الأـموال جـاز له شـرائه الّا أنه مع ذلك لا مناص عما ذكره المصـنف هنا من عـدم معقوليه استيعاب الأرش القيمه بحيث تبقى العين للمشترى بلا قيمه، و ذلك لأن المستفاد من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۷۸

أخبار الأرش هو ردّ مقدار من الثمن أى بمقدار الذى نقصه العيب على حسب المتعارف فان

النقصـان انمـا يعلم بحسب يقيم أهل الخبره من أهل العرف و من الواضـح أنه لا يتحقق ذلك إلّا فی الأشـياء التی هی أموال فی نظر العقلاء فـان غير الأمـوال لا قيمه لها عنـد العقلاء حتی يتقوم عنـدهم و يرد ما ينقصه العيب و ان كان لها قيمه عنـد المشتری بحسب النظر الشخصی فيكون مورد الأرش بحسب هذه الأخبار هی الأموال و علی هذا فكلما ينقص من المال بحسب العيب فلا بـدّ و أن يبقی للمعيب شـی ء من الثمن، فان المفروض هو ملاحظه التفاوت بحسب هذه المعامله لا بحسب القيمه الواقعيه و علی هذا فلا يعقل ان يكون الأرش مستوعبا لجميع الثمن كما ذكره المصنف.

و حاصل: الكلام فی الجهه الأولی هو أنه قـد ذكرنا سابقا أن أوصاف الصـحه مما هو معتبر فی العقـد سواء ذكرت عند العقد أم لم يـذكر، و بهـذا يفترق الحال بينها و بين أوصاف الكمال و علی كل تقـدير أی سواء ذكرت فی ضـمن العقـد أم لا؟ فيلزم من تخلفهـا خيـار تخلف الوصف و الشـرط إذ اعتبر فی المبيع ذلـک بحسب الارتكـاز و بناء العقلاء و من الشـروط الضـمنيه فيكون تخلفه موجبا للخيار كما هو واضح.

و أمـا أنه هـل يوجب ثبوت الأـرش أو لاـ يوجب ذلك و قـد ذكرنا أنه أی الأرش لا يثبت بحسب بناء العقلاء أصـلا، بل هو أمر تعبدی محض و غرامه خاصه قد ثبت بالتعبد الشـرعی و أما كيفيه ثبوته من أنه هو التفاوت بين الصحيح و المعيب بحسب القيمه الواقعيه أو التفاوت بينهما فی هـذه المعامله بأن يقوم الصـحيح و المعيب و تؤخـذ نسـبه ذلك التفاوت من أصل الثمن و أما هذه الكيفيه فلم تظهر من الاخبار،

بل الظاهر من بعضها بدوا هو الاحتمال الأول و ان كان بعضها ساكتا عن ذلك، بل يدل على أخذ ما نقصّه العيب.

و أما ما فى بعض الأخبار من أنه يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان

كان فيها كما فى روايه ابن سنان و يضع له من ثمنها بقدر عيبها كما فى روايه زراره و فى روايات أخرى أيضا يردّ عليه بقيمه أو بقدر ما نقصه العيب فربما يتوهم منها أن المراد من الثمن هو الثمن فى هذه المعامله بدعوى أن ردّ مقدار من الثمن قرينه على أن المراد منه ذلك فإنه هو الذى أعطاه المشترى للبائع فحكم الامام عليه السلام برد مقدار الثمن يكون قرينه على أن المراد هو ذلك الثمن و لكن لا ظهور فيها فى أن المراد من التفاوت هو التفاوت بين الصحيح و المعيب بحسب ثمن العين فى هذه المعامله و ذلك فان هذه الأخبار بأجمعها إنما تبين حال المبيع صحيحه و معيبه بحسب القيمه المتعارفه و ذلك لأن المفروض فيها أن المعامله لا محذور فيها من بقيه الجهات من حيث الغبن و غيره الّا من حيث اشتمال المبيع على العيب و من الواضح أن الغالب فى المعاملات الواقعه على الميزان المتعارف و لم نشتمل على الغبن و نحوه هو تساوى قيمه المبيع بالنسبه الى هذه المعامله و الى القيمه الواقعيه و على هذا فحكم الامام عليه السلام برد مقدار من الثمن أو وضعه من جهه الغلبه و ان الغالب هو تساوى القيمه الواقعيه مع قيمه هذه المعامله.

و بعباره أخرى أن هذه التعبيرات و ان كان الظاهر منها أن المردود لا يكون أكثر من أصل

الثمن لمكـان قرينيه كلمه الرد و الوضع فى ذلـك و أن هـذا لاـ يكون إلّـا فى ثمن العيب بالنسـبه الى هـذه المعامله لأن التفاوت بحسب القيمه الواقعيه ربمـا يكون أزيـد من أصـل ثمنهـا بالنسبه الى هـذه المعامله و لكن نقول أن هـذا لا يـدل على ذلك فان الغـالب هو تسـاوى القيمتين فى المعاملاـت المتعارفه الغير الواقعيه على الغبن و نحوه بل هو من جهه تساوى القيمه الواقعيه للعين مع قيمتها فى هذه المعامله فلأجل هذه التساوى يكون ردّ التفاوت ما بين الصحيح و المعيب بحسب القيمه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٧، ص: ٢٨٠

الواقعيه ردا لمقـدار من الثمن الذى هو التفاوت بين الصـحيح و المعيب بحسب هذه المعامله و لا يخفى أن الغلبه التى ندعيها فى المقـام ليس هـو غلبه الأـفراد و الّـا فلاـ نجوز حمـل المطلق على الفرد الغـالب، بـل الغلبه من جهه أن هـذه الروايـات تـبيّن حكم المعامله مع فرضها حاويه لبقيه الجهات كما هو المتفاهم العرفى و الّا فمجرّد تساوى القيمتين بحسب الخارج لا يجوّز حملها على الغالب.

و بعبـاره أخرى أن ورود الروايـات انما هو لأجل بيان حكم المعيب فقط فلا بـدّ و أن يفرض أن المعامله من بقيه الجهات تامه و على هذا قل ما تكون قيمه الواقعيه غير مساويه مع قيمه العين فى هذه المعامله، و أما الفرض النادر و هو أن يكون قيمه المبيع فى هذه المعامله أقل بمراتب من القيمه الواقعيه أو أضعاف قيمه العين بحسب القيمه الواقعيه فهو خارج عن محط الروايات و هذا هو محـل الكلاـم فى المقـام من أنه مع الاختلاـف فالقاعـده فى أخـذ الأرش هل هو التفاوت بحسب القيمه الواقعيه أو بحسب هـذه المعامله؟ و

هـذا فالالتزام بأن الأرش مختص بخصوص المعاملات المتعارفه التى كانت القيمتان فيها متساويتين بعيـد جدا، بل لم يلتزمه أحد فيما نعلم من العامله و الخاصه.

و لم يعهـد من أحـد ان يلتزم بثبوت الأرش فى المعاملات فقط و عليه فحكم المعاملات المتعارفه انما هو معلومه بهذه الأخبار و أنها مسوقه لذلك و حكم المعاملات الغير المتعارفه التى كان الثمن فيها قليلا جدا أو كثيرا كذلك و لم يكن متوسـطات معلومه بالقطع بعدم الفرق بينها و بين المعاملات المتعارفه هذا فاغتنم.

و السرّ فى ذلـك و أن المراد من القيمه ليست القيمه الواقعيه، بـل القيمه فى هـذه المعامله سواء فى المعاملات المتعارفه كما هو يقتض الأخبار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۸۱

أو فى المعاملات الغير المتعارفه كما هو مقتضـى القطع و السرّ هو أن الضمان هنا أى الضمان بالأرش ليس هو ضمان اليد بحيث يكون ذلك بمقتضـى اليد التى ثبتت على مال الغير و تلفت تحتها كما إذا أخذ دابه أحد بغير اذنه و كسـر رجله أو متاعه فأتلفه، فـإن الضـمان هنا ضـمان يـد، فلا بـدّ و أن يخرج التالف عن عهـده للمتلف، فيقوم ذلك و تؤخـذ منه القيمه الواقعيه و فى فرض التعيب يؤخـذ منه التفـاوت بين الصـحيح و المعيب بحسب القيمه الواقعيه فـإن المـال على قيمته الواقعيه داخله تحت ضـمان اليد فيخرج من عهـدته و ليس ذلـك الضـمان ضـمان المعاوضه أيضا بأن يكون ذلك مضـمونا بحسب المعامله أيضا كما إذا اشترى عشـره أمنان من الحنطه كليه و أسلم البائع تسعه أمنان فان منا واحدا هنا مضمون على البائع ضمان معامله فلا بدّ له من تسليمه إلّا إذا كان المبيع شخصيا فإنه لا يلزم تسليمه فان

الموجود الخارجى الشخصى الـذى هو مبيع قـد باعه البائع بما أنه عشره أمنان فظهر تسعه فيكشف من ذلك عدم وجود المبيع أصـلا بالنسبه الى من واحد و هكذا فى كل مورد يكون جزء من المبيع ناقصا فان ضمان البائع لذلك ضمان معاملى أى بحسب اقدامه على بيع ذلك صار ضامنا له.

و أما عدم كون ضـمان الأرش ضمان يد فواضح لعدم دخوله تحت ضمان البائع باليد بحيث يكون المبيع ملكا للمشترى و أخذه البائع عدوانا و أوجب نقصا فيه ليكون ضامنا حسب ضـمان اليد و أنها عدم كونه من قبيل ضـمان المعاوضه فلعدم كون الوصف مقابلاـ بالمـال حتى يكون البـائع ضامنا ضـمان معاملى مع ظهور المبيع فاقـدا للوصف، بل الضـمان هنا نحو آخر غيرهما فهو فى حكم ضـمان المعـاملى، فـإن غـايه ما يستفاد من هـذه الاخبار أن وصف الصـحه بمنزله الجزء الـذى يقابل بالمال، لا حقيقه لما عرفت أن الوصف فى الحقيقه لا يقابل بالمال، بل حكما أى كما أن مقتضى نقصان الجزء يوجب

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۸۲

نقص الثمن بمقـداره، و هكـذا نقصـان الوصف يوجب نقص مقـدار من الثمن و على هـذا فيكون النـاقص بملاحظه أصل الثمن كالنقص الجزئى، فإن هـذا لا يريـد عما هو فى حكمه فتكون القيمه ح هى القيمه بالنسـبه الى هذه المعامله، و الذى الجائى على هـذا أنه لم يـذهب أحـد من العـامله و الخـاصه الى أن المراد من القيمه هنـا هى القيمه الواقعيه ليكون التفـاوت باعتبارها فيكون ذلك قرينه على عدم فهمهم ذلك من الأخبار، بل انهم فهموا القيمه فى هذه المعامله كما هو واضح.

و قد عرفت أنه ذكر المصنف (ره) أنه لا يعقل أن يكون الأرش مستوعبا

للثمن و قد عرفت وجهه ثم فرض موردا لذلک فی حصول العیب قبل القبض أو بعده، و فی زمان الخیار بناء علی کون الضمان فیهما علی البائع.

و قال ((نعم، ربما یتصور ذلک فیما إذا أحدث قبل القبض أو فی زمان الخیار عیب یستغرق للقیمه مع بقاء الشی ء علی صفه التملک بناء علی أن مثل ذلک غیر ملحق بالتلف فی انفساخ العقد به، بل یأخذ المشتری أرش العیب و هو هنا مقدار تمام الثمن)

و علیه فتبقی العین فی ملک المشتری ان کانت إضافه الملکیه باقیه و ان خرجت عن المالیه و الّا فتبقی تحت حقه فتکون العین متعلقه لحقه و لا تکون راجعه إلی البائع، ثم أشکل علیه بان الحالقه بالتلف مشکل.

أقول: لا- ربط لهذه الصوره بالمقام أصلا بداهه أن کلامنا فی الأرش و مورده علی ما یستفاد من الاخبار هو ان یکون الشی ء معیبا قبل العقد کما ینادی بذلک روایه زراره أیما رجل اشتری شیئا و به عیب أو عوار إلخ، فإن الظاهر منها ان العیب کان موجودا فیه قبل العقد و لا شبهه أن العیب الحادث فی زمان الخیار أو قبل القبض خارج عن مورد أخبار الأرش و علی هذا فان قلنا بکون العین فی ذلک مضمونه علی البائع فیحکم بضمانه بمعنی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۲۸۳

أن المعامله ننفسخ و یأخذ المشتری الثمن من البائع و یأخذ البائع العین من المشتری و ان لم یکن مالا، بل و ان لم یکن ملکا أیضا بحیث خرجت عن الإضافه المالیه و الملکیه لا- أن المشتری یأخذ الأرش و تبقی العین تحت یده أیضا کما هو مقتضی قانون أخذ الأرش و إذا فالضمان هنا

ليس ضمان أرش، بل ضمان خاص أجنبى عن الأرش و يفترق عنه بانفساخ العقد و رجوع العين الى ملك البائع ان كانت إضافه الملكيه باقيه و الّا فتكون متعلقه لحقه فافهم.

نعم، يمكن تصوير ذلك بأنه إذا اشترى متاعا بثمن ككتاب شرح اللمعه و ظهر معيبا بحيث لو أصلح ذلك و أبقيت ماليته ليكون صحيحا كان مصرفه أكثر من أصل قيمه المعيب أو اشترى عبدا و ظهر مريضا و كانت قيمته خمسين دينارا و لكن كان مصرف مرضه بحيث يكون صحيحا مأه دينار فيكون الأرش فى مثل هذه التصويرات أكثر من قيمه أصل المعيب.

و لكن الظاهر أن هذا أيضا لا تخلو عن المناقشه بداهه أنه مع ذلك أيضا لا تسقط العين عن الماليه بالكليه بل هى باقيه على ماليتها بمقدار فإنها تقوم صحيحه و معيبه فعلا و يؤخذ نسبه التفاوت ما بينهما من أصل الثمن لا أن مجموع قيمه الصحيح يؤخذ من البائع حتى يكون مستوعبا.

و على الجمله فلا نعقل صوره يكون الأرش فيها مستوعبا للثمن.

و بعباره أخرى أن ما تصلح به العين المعيبه و ان كان يستوعب الثمن أو يكون أكثر منه الّا أنه مع ذلك لا تخرج العين عن الماليه، بل لها قيمه أيضا فلا يكون الأرش مستوعبا للثمن كما هو واضح و ليس ذلك مثل الأعيان التى لا ماليه لها و تسقط عنها كالخل الذى لا حموضه فيه.

ثم انه ذكر المصنف أنه يظهر من العلامه فى كتبه أنه يلتزم بالأرش المستوعب فى العيب المتقدم على العقد فإنه ذكر العلامه (ره) فى كتبه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۸۴

مسأله بيع العبد الجانى الى أن قال و للمشترى الفسخ مع الجهل فيرجع بالثمن أو الأرش

فإن استوعب الجنايه القيمه و الأرش ثمنه أيضا فإن الظاهر من هـذه العباره أن فى صوره عـدم الفسخ يكون الأرش الذى يأخذه من البـائع للعيب الـذى هو الجنـايه بمقـدار الثمن فلـذا عبر بكلمه أيضـا غـايه الأمر أنه على المبنى الـذى ذكرناه من كون الأرش غرامه يكون مساويا للثمن و لا يكون نفس الثمن و أما بناء على كون الأرش جزء من الثمن كان الأرش بعينه تمام الثمن.

أقول: تحقيق الكلام فى هذا الفرع الذى ذكره العلامه (ره) فى كتبه هو أن الجنايه الصادره من العبد على قسـمين لأنها قد تصدر منه خطاء و قـد تصـدر منه عمـدا، أما الأول فلا شـبهه فى أن العبـد لا يكون متعلقا لحق المجنى عليه أصـلا، بل ديه الجنايه على المولى إذا كان موسـرا، نعم إذا كان معسـرا و لم يقـدر على إعطاء الديه كان للمجنى عليه أن يسـتوفى ذلك من نفس العبد بأن يسترقه ان كـانت الجنايه مسـتوعبه و الّا يسترق بعضه هـذا بالنسـبه إلى المجنى عليه و أما المشترى فان كان عالما فلا شـى ء على البائع لأنه قـد أقـدم بذلك مع علمه و رضاه، فلا يرجع الى البائع و ان كان جاهلا و لم يكن المولى معطيا للديه لإعساره فاسترقه المجنى عليه من المشترى فيرجع المشترى ح على البائع بما اغترمه للمجنى عليه و هذا واضح.

و أمـا الجنـايه العمـديه فهى توجب كون العبـد بنفسه متعلقـا لحق الغير و من هنا يجعلون من جمله الحقوق حق الجنايه و فى هنا أيضا لا يكون البيع باطلا مع وقوعه بدون إجازه المجنى عليه لما قد عرفت فى البيع أن كون شـى ء متعلقا لحق الغير كحق الرهن و الجنايه و نحوهما لا يمنع

عن صحه البيع سواء أجاز ذو الحق ذلک أم لا، فإن غايه الأمر له أن يستوفی حقه من العين أينما وجدها و أما بطلان البيع فلا، و الفرض أن العين فی

ملک البائع أيضا فليس ملكا للمجنی عليه، بل له أن يسترقها و يدخلها فی ملكه لا- أنها تصير ملكا له بمجرّد الجنايه و أما المشتری فهو مع علمه بالحال ليس له شی ء لأنه مع علمه بالحال قد أقدم علی ذلک و أما مع الجهل فله الفسخ أو مطالبه الأرش.

و توهّم سقوط المملوک عن الماليه فی صوره الجنايه العمديه مع جهل المشتری لكونه معرضا للخطر فاسد فإنه لو كان كذلک كان للعلامه أن يحكم بالبطلان فی صوره العلم مع أنه لا يحكم بذلک فلاحظ كلامه و الوجه فی ذلک أنه ممن يعتبر الماليه فی المبيع و ان لم نعتبرها فی ذلک علی أن توهم سقوطه عن الماليه بلا وجه فان مجرد احتمال أن المجنی عليه يستوف حقه منه بقتله و نحوه لا يخرجه عن الماليه لاحتمال أن لا يستوفی أصلا، فافهم.

قوله: مسأله: يعرف الأرش. [بمعرفه قيمه الصحيح و المعيب]

اشاره

أقول: لما عرفت أن النقص لعيب و عوار يوجب جواز مطالبه المشتری الأرش من البائع.

و أما طريق معرفته انما هو بمعرفه قيمتی الصحيح و المعيب ليعرف التفاوت بينهما فيؤخذ من البائع بنسبه ذلک التفاوت هذا إذا كانت القيمه معلومه.

و أما إذا لم تكن القيمه معلومه فلا بدّ من الرجوع الی العارف بها و قد

قسّم المصنف ذلک الی ثلاثه أقسام:

الأول: أن تكون القيمه معروفه و معلومه عند أهل البلد من غير احتياج فی معرفتها الی أهل الخبره

و لكن البائع و المشتری جاهلان بها فيسئلان ممّن هو عارف بها و يخبر عن القيمه المتعارفه بين الناس بأن يخبرون أن هذه الحنطه فی السوق يباع كذا و هذا القسم داخل فی الشهاده فيعتبر فيها التعدد.

القسم الثانی: أن لا تكون القيمه معلومه فی السوق لعدم وجوده فيه أصلا،

و يخبر المخبر عن القيمه بحدثه من جهه ملاحظه أشباهه و نظائره و ان كان من غير جنسه لأنه من أهل الخبره يعرف قيمه

الأشياء بملاحظه الأوصاف و الخصوصيات الموجوده فيها، كما إذا كان المبيع تذكره العلامه بخطه و ظهر معيوبا فإنه ليس له نسخ كثيره فى السوق حتى يعرف قيمتها منه، بل هو منحصر بنسخه واحده فأخبار المخبر بقيمتها من جهه حدسه و بملاحظه أوصافها من حيث نظائرها من الكتب الخطيه و هذا خارج عن موضوع الشهاده و الاخبار، بل هو من صغريات اخبار أهل الخبره كالطبيب و نحوه، و قد ثبت حجيه قوله ببناء العقلاء و من ذلك الرجوع الى قول المجتهد فإنه من أهل الخبره مع قطع النظر عن الروايات الوارده فى حجيه قوله كما هو واضح.

القسم الثالث: ان تكون قيمه المبيع بحسب أجناسه معلومه فى السوق و لكن لا يعلم أنه من قسم الردى أو من قسم الجيّد،

فالخبر يخبر على الانطباق أى انطباق الصحيح بالمبيع و الردى عليه، و الّا بعد العلم بكونه من أيهما فالقيمه معلومه، فالجهل انما هو فى الانطباق فهذا داخل أيضا فى أهل الخبره فإن الاطلاع بذلك الخصوصيه التى توجب الانطباق يجعلها أهل خبره، فقد قام بناء العقلاء على قبول قوله كما عرفت فى سابقه.

و على الجمله القسم الأول من قبيل الشهاده و القسمين الأخيرين من باب قبول قول أهل الخبره أما القسم الأول فلا شبهه فى حجيته مع وجود شروط الشهاده فيه و أما بقيه الأقسام فككك أيضا لوجهين على سبيل مانعه الخلو فإنه اما من جهه أن دليل حجيه خبر الواحد يشمل جميع أقسام الاخبار سواء تعدد المخبر أم لا، و سواء كان الاخبار عن الموضوعات أو عن الأحكام المتعدده كباب المرافعات المسمى بباب الشهاده و نحوه، و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۸۷

قد ذكرنا

ذلـك فى محله و أن دليـل حجيه الخبر من بناء العقلاء و غيره يقتضـى حجيه الخبر بقول مطلق و أن اعتبار بعض القيود من جهه الـدليل الخـارجى أو من جهه أن بنـاء العقلاـء قـائم على اعتبـار الوجهين الأخيرين أيضا من جهه حجيه قول أهل الخبره على أن الوجه هو الـذى قلنا من شـمول حجيه خبر الواحـد بجميع أقسام الخبر سواء كان فى الموضوعات أو فى الاحكام و اعتبار التعـدد فى بـاب المرافعـات و نحوه المسـماه ببـاب الشـهاده، انما هو بـدليل خاص و أنه خرج عن ذلك الأصل بـدليل و الّا فقول العادل الواحد يقبل فى جميع ذلك كما لا يخفى.

ثم إذا لم يوجـد المقوّم فهل يكتفى بمطلق الظن أو يؤخـذ الأكثر، أو يكتفى بالأقل، أما الأول فمن جهه حجيه الظن عنـد انسداد بـاب العلم و أمـا الثانى فلان ذمه البائع مشـغوله بالأرش مع مطالبه المشترى، فلا تبرء ذمته إلّا بأداء الأكثر، و أما الثالث فلكونه هو المتيقن، فالظـاهر هو الأـخير لمـا عرفت مرارا فى الأـصول و غيره أن الشـك فى أمثال ذلك فى أصل اشـتغال الـذمه بالأكثر من الأول لا أن الذمه اشتغلت و نشك فى برائتها بإعطاء الأقل و عليه فالمتيقن هو إعطاء الأقل كما هو واضح.

مسأله فى تعارض المقومون

قوله: مسأله: لو تعارض المقومون

فيحتمل تقديم بيّنه الأقل للأصل.

أقول: قـد عرفت أنه لاـ بـدّ فى معرفه الأـرش من الرجوع الى المقوم من جهه كونه من أهل الخبره فإذا عرف الحال بالرجوع اليه فبها، و إذا اختلف المقومون فما ذا تقتضيه القاعده، أقول: إذا اختلف البائع و المشترى فى القيمه بأن ادعى المشترى كون الأرش أكثر و أنكره البائع و رجعا الى المقوم و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص:

اختلف المقومون فى ذلک أیضا بحیث کان رجوعهما الى المقومین بعد اختلافهم فى ذلک و لا یخفى أن فرض البائع منکرا من جهه الغلبه حیث یکون المعیب هو المبیع، و الّا قد یکون المعیب هو الثمن و ینعکس الأمر و کیف کان فالظاهر أن هذه الصوره خارجه عن مورد کلام الشیخ و غیرهم الذین تصدوا لبیان حکم هذه المسأله و أنه لم یتنبّه أحد بذلک فیما نعلم.

و بیان ذلک أن کلامهم مسوق لبیان حکم صوره الاختلاف فى الأرش مع جهل المتبایعین بالحال و هذه الصوره انما هى الرجوع الى المقوم مع اختلافهما فى ذلک کما هو واضح. و أما حکم هذه الصوره فالظاهر أنه لا یجرى فى المقام ما ذکر فى المدعى و المنکر فان الظاهر من الروایات الوارده فى ذلک هو اختصاص البیّنه للمدعى و اختصاص الیمین بالمنکر و الرجوع الى المقومین، یقتضى أن تسمع بینه المنکر أیضا، و هو على خلاف تلک الاخبار کما هو واضح.

و على تقدیر الرجوع الى ذلک القاعده و شمولها للمقام یکون من قبیل تعارض بیّنه الداخل و الخارج فکلما ذکر فى ذلک یأتى هنا.

و بعباره أخرى أن فى صوره اختلاف المتبایعین فى الأرش من حیث الزیاده و النقصان کان ذلک من قبیل المدعى و المنکر فیکون من صغریات تلک المسأله فان قلنا بسماع بیّنه المنکر، فیکون التعارض بینهما من قبیل تعارض بیّنه الداخل و الخارج و البحث فیه فى محله و ان لم نقل بسماع بیّنه المنکر، بل کان اللازم فى حقه الیمین کما هو الظاهر لم تسمع بینه بل بینه المدعى.

و أما إذا جهل البائع و المشترى بالأرش أصلا و کان رجوعهما الى المقومین من جهه

جهلهم بالأرش فمقتضی القاعده أی شی ء فهل یرجع أحد المقومین الذی یکون قوله موافقا للأصل و هو بیّنه الأقل فإن فاختلاف هنا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۲۸۹

فی الأکثر و لا شبهه أن بیّنه الأقل موافقه للأصل أو یؤخذ ببینه الأکثر فإن جهه الاختلاف هنا عدم وصول بیّنه الأقل بما وصل الیه بیّنه الأکثر فتکون جاهلا بالزیاده أو یرجع الی الحاکم فیکون الحاکم مخیّرا بین أن یأخذ بأی بیّنه شاء علی حسب رأیه أو یرجع الی القرعه لأنها لکل أمر مشتبه أو یرجع الی الصلح لأن لکل منهما حجه شرعیه فمقتضی العمل بها هو الرجوع إلیها کما هو واضح. أو أنه یجمع بینهما بطرح مقدار مفاد کل منهما و الأخذ بالبقیه بأن تؤخذ من کل بینه نصف القیمه لو کان المقومان اثنان أو الثلث لو کان ثلاثه و هکذا و قد اختار المصنف الوجه الأخیر تبعا لمعظم الأصحاب و أشکل فی بقیه الوجوه کلها.

أقول: ان کان نظره أی نظر المصنف من ترجیع ما ذهب الیه المعظم الی الجمع بین الدلیلین مطلقا فإنه لا شبهه فی کونه جمعا عرفیا و مختصا بالموارد التی تکون فی أحد الدلیلین قرینه علی بیان المراد.

و بعباره أخری أن تلک القاعده مختصه بموارد کون أحد الدلیلین ذی القرینه دون الأخر، کما إذا صدرا معا من شخص واحد، فإنه نعلم بعدم کذبه فیکون ذلک قرینه علی الجمع بینهما أو صدرا من شخصین الذین فی حکم شخص واحد کالائمه (ع) فإنهم لسان واحد و من هنا ورد انه یقع نسبه روایه صدرت عن الصادق علیه السلام الی سائر الأئمه (ع) و لکن ذلک لا یجری فی المقام فان کل واحد من المقومین

غير الأخر فالجمع بينهما على هذا النحو موجب للمخالفه القطعيه فلا يمكن الأخذ بهذه و قد أشكل عليه المصنف بهذا البيان فى أول التعادل و التراجيح من كتاب الرسائل.

و ان كـان نظره فى ذلك هو الرجوع الى هـذه القاعـده فى المرافعات الماليه و حقوقها بان يكون العلم بوصول المال الى صاحبه متوقفا على بـذل مقـدار منه نظير المقـدمه الوجوديه بأن يتوقف إيصال المال الى صاحبه على بـذل مقـدار منه، فيكون المراد من أولويه الجمع من الطرح الأولويه التعينيه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۹۰

كالاولويه فى باب الإرث، بل ذكر المصـنف ان اجراء هـذه القاعده هنا أولى من إجرائها فى الأحكام لأن الأخذ بأحدهما كليه و ترك الآخر كك، فى التكاليف الشرعيه لا ينقص عن التعين الذى هو مثل الجمع بين الدليلين من الاحكام، و لا يجوز الارتكاب به بخلاف ما نحن فيه الى آخر ما ذكره فهذا لا شـبهه فيه لقيام السيره على ذلك، فان بناء العقلاء على إمضاء هذا العمل بل ورد نظير ذلك فى الأخبار كما فى قضـيه الودعى حيث أوجب الإمام عليه السـلام أن لكل من الودعيين النصف مع العلم بأن الدرهم لأحـدهما و ذلك لأن العلم بوصول المال اعنى الـدرهم الى صاحبه متوقف على إعطاء نصف الدرهم لغيره و ان كان مراده هذا فهو لاـ شـبهه فيه، الّـا أنه أجنبى عن مقامنـا و هو الاختلاـف فى الأـرش فـإن ذلـك كمـا عرفت انما هو فى الحقوق الماليه و من الواضـح أنه ليس هنا حق مالى حتى يكون الاختلاف فى ذلك و ينتهى النوبه إلى تلك القاعـده و يعمل بها لأجل العلم بإيصال المال الى صاحبه، بل الأمر هنا دائر بين الأقل

و الأكثر كما عرفت و الأقل متيقن و الكلام فى أصل اشتغال الذمه بالأكثر فهو أول الكلام فضل عن ان يراجع بقاعده التنصيف كما هو واضح.

على أن الرجوع الى أمثال المقام يعطى القطع بعدم جواز الرجوع بقاعده الجمع بين الدليلين كما إذا كان اختلاف المتبايعين فى أصل الأرش لا- فى الزياده و النقيصه كما عرفت أن الأمر فى المقام يدور بين الأقل و الأكثر فالنزاع فى الأكثر أنه ثابت أم لا، مثل النزاع فى ثبوت الأرش و عدمه ابتداء و عليه فلا بدّ من الرجوع الى قاعده الجمع بين الدليلين.

ثم انه كما لا يمكن الرجوع الى قضيه الودعى و الإشهاد بها للمقام كما عرفت و كذلك لا يمكن الرجوع الى ما ورد فى بعض الأخبار من أن الدار التى تحت يد شخصين و يدعى كل منهما كونها ملكا له أنه تنصف و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۹۱

الوجه فى خروج ذلك عن المقام هو أن الحكم بالتنصيف من جهه قاعده اليد و كون البينتين متعارضتين.

و يمكن التوجيه بوجه آخر و هو أن الحكم بالتنصيف فى قضيه الدار من جهه أن كل منهما يدعى النصف من الآخر و ينكره الأخير فإن النصف الآخر تحت يده على نحو المشاء فكل منهما اقام بينه على ما يدعيه و أوجبت ذلك كون إنكار الآخر ذلك لغوا محضا فيكون النصف له من جهه البينه كما لا يخفى.

انتهى كلا- منها الى الجمع بين المقومين و قلنا ان المشهور ذهبوا اليه و أن مقتضى الجمع بين البينتين هو الأخذ بالنصف إذا كانت البينه اثنان و بالثلث إذا كانت ثلاثه و هكذا و قلنا أنه لا وجه لهذا الوجه لأنه إذا كان

من جهه الجمع بین الدلیلین کما ذهب الیه الشیخ الطوسی و ذکر أن الجمع بین الدلیلین مهما أمکن أولی من الطرح کما أن هذا یظهر من أول کلام المصنف و هو الذی ذکره المصنف فی التعادل و التراجیح من الرسائل.

و أشکل علیه بأنه لا وجه للجمع بین الدلیلین بذلک حیث انه طرح لهما و هو مخالفه قطعیه الا ان یکون هنا قرینه علی ذلک کما إذا أورد من شخص واحد أو من فی حکم شخص واحد و ان کان المراد من ذلک هو قاعده العدل و الانصاف و الجمع بین الحقوق کما یظهر ذلک من ذیل کلامه و هو و ان کان متینا لقیام السیره القطعیه علیه فی الحقوق المالیه، بل ورد علیه الخبر فی الودعی فإن العرف قاض بجواز بذل مقدار من المال مقدمه للعلم بوصول مقدار منه الی صاحبه نظیر المقدمات الوجودیه کبذل مقدار من المال لإیصال مقدار الآخر الی صاحبه و هو حسن و لکن لا ربط له بالمقام حیث ان فی المقام لیس حق مالی و انما الأرش یثبت بالمطالبه و لا شبهه أنه لم یثبت بالمطالبه إلّا ما هو المتیقن و أما الزائد فلا، کما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۲۹۲

بل ذکرنا أن اختلاف المقومین فی الزیاده و النقصان مثل اختلافهم فی أصل ثبوت الأرش و عدمه لأن الأقل متیقن و الأکثر مشکوک فیکون الأکثر مثل أصل ثبوت الأرش من الأول کما هو واضح.

و اما قضیه الحکم بتنصیف الدار فقد عرفت أنه من جهه الید أو من جهه قیام البینه علی کون کل من النصفین لکل منهما کما هو واضح.

و أما الرجوع الی القرعه فلا وجه له أیضا،

لأن الأدله العامه للقرعه الداله على انها لكل أمر مشتبه لا يمكن الرجوع إليها و الا فيلزم أن لا يرجع الى شى ء من الأصول و الامارات لوجود الشك فى مواردها.

و أما الأدله الخاصه التى ذكرها السيد الداله على جريانها فى بعض الموارد فهى خارجه عن المقام لأن الظاهر أنها مختصه بصوره التداعى فإن الإمام عليه السلام حكم فيما تداعيا اثنان و أقام كل منهما بيّنه على ما يدعيه انه يرجع الى القرعه و كل من خرجت القرعه على اسمه يحلف و يحكه له فيعلم من ذلک أن القرعه فى مورد التداعى، و أما المقام فليس بمورد التداعى أصلا كما عرفت فى أول المسأله، بل ربما يعترف كل من البائع و المشترى بأنه لا يدرى أن التفاوت بأى مقدار و عليه فكيف يرجع الى القرعه كما هو واضح.

و أما الحكم بأن الحاكم يكون مخيّرا بين الأخذ بأى البينتين شاء فهو أيضا بلا وجه بداهه أنا ذكرنا فى التعادل و الترجيح أنه لا أساس للقول بالتخير فى باب تعارض الدليلين أصلا، و على تقدير جوازه فإنما يجوز ذلک فى تعارض الروايتين و أما فى تعارض مطلق الدليلين فلا كتعارض البينه مع البينه و الظاهر مع الظاهر، و الأصل مع الأصل و هكذا.

و أما الرجوع الى بيّنه الأكثر فهو أيضا بلا وجه، لأنه إنما يجوز ذلک فيما إذا كانت بينه الأقل لا يعلم بالزائد، بأن يقول ان المتيقن أن قيمه هذا الشى ء هذا المقدار على اليقين، و بيّنه الأكثر تدعى العلم بان قيمته هذا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۹۳

المقدار الكثير.

و ح فلا تعارض بين البينتين فان بينه من يدعى الأقل جاهل بالقيمه الزائد عن المقدار القليل

و أنه يدعى القيمه القليله من باب القدر المتيقن و هذا بخلاف بينه من يدعى الأكثر فإنه يدعى العلم بكون قيمه هذا الشى ء هو هذا المقدار كما هو واضح.

و أما إذا ادعت بينه كل منهما العلم بأن قيمه هذا الشى ء هذا المقدار لا أكثر و لا أزيد.

و ح لا شبهه فى تعارض البينتين قطعا فلا مرجع للرجوع الى بينه الأكثر بدعوى أن بيّنه الأقل لا يعلم الجزء الزائد كما هو واضح.

و أما الأخذ ببينه الأقل من جهه تعاضدها بالأصل فلا وجه له أيضا لما ذكره المصنف من أن الأصل انما يكون دليلا إذا لم يكن هنا دليل لفظى، و الّا فلا يكون الأصل دليلا و لا مرجحا كما هو واضح.

و قد حقق ذلك فى علم الأصول فى بحث التعادل و التراجيح. إذا فالمقام من موارد تعارض الدليلين و تساقطهما فلا بدّ من الرجوع الى الأصول العمليه فإنا ذكرنا فى مورده أن القاعده الكليه و الكبرى الكليه فى تعارض الدليلين هو الحكم بالتساقط و الرجوع الى الأصول العمليه و كذلك المقام كما لا يخفى فإنه من صغريات تلك الكبرى و أما الرجوع الى الصلح بان يكونا ملزمين عليه، فلا دليل عليه، الّا ان يختار المتبايعان ذلك باختيارهما و عليه فلو ألزما عليه كان الصلح باطلا من جهه كونه إكراهيا كما لا يخفى.

ثم انه على تقدير العمل بالجمع بين البينتين فما ذا هو طريق الجمع ذكر المشهور فى طريقه أنه أخذت قيمه واحده متساويه النسبه إلى الجميع أى منتزعه منه نسبتها إليه بالسويه فمن القيمتين يؤخذ نصفهما و من الثلث ثلثها و من الخمس خمسها و هكذا و ضابطه أنه تؤخذ قيمه واحده منتزعه

مصباح الفقاهه (المكاسب)،

من المجموع نسبتها إليه كنسبه الواحد الى عدد ذلك القيم و الوجه فى أخذه كك، أن الترجيح بلا مرجح باطلا فلا بدّ و أن يفعل هكذا أن يجمع القيم الصحيحه على حده و المعيبه كك و ينسب إحداهما إلى الأخرى و يؤخذ بتلك النسبه من غير فرق بين أن يكون اختلاف المقومين فى قيمته صحيحا و معيبا أو فى أحدهما.

و توضيح ذلك أنه يؤخذ من القيمتين الصحيح نصفهما و من الثلث ثلثهما و من الأربع ربعهما، و هكذا فى المعيب، ثم يلاحظ النسبه بين المأخوذ للصحيح و المأخوذ للمعيب و يؤخذ بتلك النسبه مثلا إذا كان إحدى قيمتى الصحيح اثنى عشر و الأخرى سته و إحدى قيمتى المعيب أربعه و الأخرى اثنتين أخذ من كلتا قيمتى الصحيح و كلتا قيمتى المعيب النصف أعنى التسعه من قيمتى الصحيح و الثلاثه من قيمتى المعيب فيكون التفاوت بين قيمتى المعيب و قيمتى الصحيح بالثلثين فيكون الأرش ثلثى الثمن فيرد من أصل ثمن المبيع ثلثاه كما هو واضح.

و يمكن ملاحظه مجموع قيمتى الصحيح بالنسبه إلى مجموع قيمتى المعيب و أخذ نصف ما به التفاوت فأن التفاوت بين قيمتى الصحيح و قيمتى المعيب هو السته فى المثال المذكور و نصفها الثلاث و هكذا فيما إذا كان المقوم ثلاثه أو أربعه كما هو واضح.

مثلا إذا قومه إحداهما باثنى عشر و الأخرى بثمانيه أخذ فى نصف الأربعه بقول المثبت و فى نصفها الأخر بقول النافى جمعا بين حقى البائع و المشترى.

و الى هذا يرجع أيضا تنصيف ما به التفاوت بين قيمتى الصحيح أو قيمتى المعيب بأن تعمل نصفه بقول المثبت للزياده و فى النصف الأخر بقول النافى فإذا قومه

إحداهما صحيحا باثنى عشر و الأخر صحيحا بثمانيه أخذ فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۹۵

نصف الأربعه بقول المثبت و فى نصفها الأخر بقول النافى و كك فى طرف المعيب و هكذا فى المثال المتقدم.

ثم انه قد اعرض الشهيد (ره) عن طريقه المشهور من جهه عدم الدليل على أخذ القيمه الانتزاعيه و سلك مسلكا آخر و هو الأخذ بنفس النسبه بين قيمه كل معيب الى صحيحها و يجمع قدر النسبه و يؤخذ من المجتمع نسبتها بأن يرجع الى البيّنه فى مقدار التفاوت فقط، و يجمع بين البينات فيه من غير ملاحظه القيم فإذا قومه إحداهما صحيحا باثنى عشر و معيبا بثمانيه و قومه الأخرى صحيحا بالعشره و معيبا بثمانيه فمقدار التفاوت بين الصحيح و المعيب فى القيمه الاولى هو الثلث و فى الثانيه هو الخمس.

ثم انه قد يتحد طريق الشهيد مع طريق المشهور و قد يختلف و انما لم نفصل لأنا لم نساعد الشيخ و المشهور فى المبنى.

قوله: القول فى الشروط التى يقع عليها العقد.

أقول: ذكر المصنف أن للشرط فى العرف معنيان الأول المعنى الحدثى و المصدرى أعنى الالتزام، و الإلزام و الشرط بهذا المعنى مصدرى يصحّ ان يشتق منه المشتقات فيقال شرط شرط و هو شارط و ذلك الأمر مشروط و فلان مشروط له أو مشروط عليه ففى القاموس أنه التزام الشى ء و إلزامه فى البيع و غيره ثم ذكر ان ظاهر كلام القاموس هو أن استعمال الشرط فى الإلزامات الابتدائيه من قبيل المجاز دون الحقيقه.

ثم أشكل عليه بأنه فاسد و لعل صاحب القاموس لم يطلع على موارد استعمال كلمه الشرط و ما اشتق منها فى الإلزامات الابتدائيه مع أنه كثير كقوله عليه السلام فى حكايه بيع بريره ان

قضـاء اللّه أحق و شـرط أوثق و الولاـء لمن أعتق و كقول على عليه السـلام فى الردّ على مشترط عـدم التزويـج بامرأه أخرى فى النكاح ان شرط اللّه قبل شرط كم و قوله عليه السلام: ما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۹۶

الشرط فى الحيوان؟ قال: ثلاثه أيام للمشترى، قلت: و فى غيره؟ قال: هما بالخيار حتى يفترقا و أيضا قد أطلق الشرط على العهد و النذر و الوعد فى بعض أخبار النكاح و قد اعترف فى الحدائق بأن إطلاق الشرط على البيع كثير فى الأخبار.

و توهم أن الاستعمال فى الموارد المذكوره على نحو المجاز توهم فاسد لكونه على خلاف الظاهر و محتاجا إلى القرينه على أن الامـام عليه السـلام اسـتدلا بقوله عليه السـلام المؤمنون عنـد شـروطهم على العهـد و النـذر فى بعض أخبار النكاح و يضاف الى ذلک أنه لا حجيه فى قول القاموس مع تفرده بالنقل و كون الاستعمالات على خلافه.

و على الجمله فلا شـبهه فى أن هذا المعنى للشرط معنى عرفى و هو الالتزام و قد يطلق على الملتزم به مجازا فيطلق الشرط و يراد منه المشروط كالخلق بمعنى المخلوق و ح فيراد منه ما يلزمه الإنسان على نفسه.

المعنى الثانى من المعانى العرفيه ما يلزم من عـدمه عدم المشـروط من دون أن يلاحظ ناحيه الوجود بأنه يلزم من وجوده الوجود أو لا يلزم فيكون المراد من الشـرط بهذا المعنى فى نظر العرف ما يكون دخيلا فى تحقق الشى ء و وجوده فى الخارج و لا ريب أن الشـرط بهـذا المعنى من الجوامد فلا يصح اشـتقاق المشـتقات منه لعدم كونه مصدرا و لا أنه فعل لأحد و على هذا فاشـتقاق المشروط منه و ككـ

الشارط و نحوهما ليس على الأصل و القاعده و لذا ليسا أى الشارط و المشروط بمتضايفين فى الفعل و الانفعال بل الشارط هو بمعنى الجاعل و المشروط هو الذى جعل له الشرط كالمسبب بالكسر و الفتح المشتقين من السبب الذى هو اسم جامد، و الحاصل: أن الشرط بمعنى الثانى نظير الأمر بمعنى الشى ء الذى لا يصح أن يشتق منه شى ء، و الشرط بالمعنى الأول نظير الأمر بمعنى الطلب الذى يصح الاشتقاق منه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۲۹۷

ثم ذكر أن للشرط معنيين آخرين اصطلاحين، أحدهما ما وقع عليه اصطلاح النحاه من أن الشرط هى الجمله الواقعه عقيب أدوات الشرط.

و ثانيهما: ما استقر عليه اصطلاح أهل المعقول و الأصول من أن الشرط ما يلزم من عدمه عدم المشروط و لا يلزم من وجوده الوجود، و هذا المعنى الثانى الاصطلاحى أخص من المعنى الثانى العرفى، فإنه أى المعنى الثانى العرفى أعم منه فان لك قد عرفت أنه ما يلزم من عدمه العدم و لكن طرف الوجود مسكوت عنه فإنه قد يلزم من وجوده الوجود فيشمل السبب و قد لا يلزم فيشمل هذا المعنى الثانى الاصطلاحى كما هو واضح لا يخفى فافهم.

ثم ذكر أن فى الاخبار عن الشرط بثلاثه أيام فى أخبار خيار الحيوان مسامحه واضحه لعدم كون ثلاثه أيام شرطا فعليه فلا بدّ من توجيه ذلك بتقدير المضاف بأن يكون المراد شرط ثلاثه أيام ليكون الشرط بمعنى خيار كما صرح بكون الشرط بمعنى الخيار المصنف فى ذيل كلامه.

و عليه فيكون ذلك مثل ما ورد فى بعض اخبار خيار الحيوان أن فى الحيوان كله شرط ثلاثه أيام، و لا يحتاج هذا التعبير الى التوجيه كما توهّم بعض المحشين

من كلام المصنف (و لا يخفى توقفه على التوجيه) بل هو قيد لما قبل كلمه النعم أعنى الأخبار المشتمله على الاخبار عن الشرط بثلاثه أيام.

و كيف كان فالشرط فى هذه الاخبار اما بمعنى ما قرره الشارع و ألزمه المتبايعين أو أحدهما من التسلط على الفسخ فيكون مصدرا بمعنى المفعول فيكون المراد به نفس الخيار المحدود من الشارع أو يراد به الحاكم الشرعى المقرر و هو ثبوت الخيار.

أقول: الظاهر أن الشرط فى جميع الموارد قد استعمل بمعنى واحد و هو الربط و الارتباط و الإناطه و ليس له معنى عرفى و معنى اصطلاحى بل جميعها يرجع الى معنى واحد و إذا لاحظنا جميع موارد الشرط نرى كونه

مربوطا بشى ء واحد و منوطا به و هذا الإناطه قد تكون أمرا تكونيّا كالشروط التكوينيه كتقيد المعلول بعليه فإن المعلول مشروط وجوده بوجود كل جزء من أجزاء علته و بوجود مجموع اجزاء علته فوجود العله شرط لوجود معلولها تكوينا و قد تكون أمرا شرعيا و اناطه جعليّا كالشروط الجعليه فى العقد، و من ذلك شروط الصلاه و بقيه العبادات و غيرها التى جعلها الشارع شرطا.

و قد ذكرنا فى مقدمه الواجب من علم الأصول أن فى موارد الشروط الشرعيه أن التوقف أيضا عقلى غايه الأمر أن المنشأ أمر مجعول، مثلاـ توقف الصلاه على الطهاره أمر تكوينى بعد جعل الطهاره دخيلاـ فى الصلاه و هكذا فى بقيه موارد الشروط الشرعيه.

نعم، فى المعاملات الشروط جعليه محضه و هى الربط و هذا الربط بنفسه مجعول.

و بعباره أخرى أن الشرط قد يكون أمرا تكوينا كتوقف المعلول على العله و قد يكون أمرا شرعيا كالطهاره بالنسبه إلى الصلاه، و

على كل تقدير فالتوقف عقلى، و انما المنشأ شرعى، و قد يكون جعليّا محضا كالشروط فى المعاملات فإنها عباره عن الإناطه المحضه و هى مجعوله للجاعل.

ثم ان هذا المعنى الوحدانى يشمل الشروط الابتدائيه أيضا لوجود الإناطه فيها، فان الشرط قد أطلق على النذر و اليمين، و كذا على البيع على ما اعترف به صاحب الحدائق مع أنها ليست فى ضمنه عقد آخر لكى لا تكون شروطا ابتدائيا، بل جميع الشروط التكوينيه شروط ابتدائيه كالعله و أجزاءها بالنسبه إلى المعلول، و على هذا فلا بأس بإطلاق الشرط على الشروط الابتدائيه كما ذكره المصنف، و لكن لا شهاده فيما ذكره من موارد الاستعمال على هذا الدعوى.

أما قوله قضاء اللّه أحق و شرطه أوثق و الولاء لمن أعتق، فلعل إطلاق

الشرط هنا من جهه المقابله حيث ان السائل قد شرط عدم كون الولاء لمن أعتق فمقابله لذلك أطلق الإمام عليه السلام الشرط على ذلك كما أن المقابله فى التعبير فى غير هذه الموارد أيضا كثيره كقوله تعالى تَعْلَمُ مٰا فِي نَفْسِي وَ لٰا أَعْلَمُ مٰا فِي نَفْسِكَ، حيث أطلق النفس على اللّه تعالى مقابله لإطلاقها على نفسه و من هنا ظهر ما فى قوله عليه السلام شرط اللّه قبل شرطكم، و أما إطلاق الشرط على الخيار فى قولهم فى أخبار خيار الحيوان فمن جهه أن العقد منوط بالخيار و محدود به، فلا يكون الشرط ابتدائيا، بل فى ضمن عقد البيع.

ثم ان مرجع هذا المعنى من الشرط فى مقام التحليل إلى أمرين:

الأول أن يكون نفس الالتزام معلقا بشى ء كأن يبيع مثلا على تقدير تحقق أمر فلانى، بأن باع عبدا بشرط أن يلتزم المشترى

بإعطائه للعالم الفلانى و بحيث أصل الالتزام مربوطا بشى ء آخر بمعنى أنه لا يبيع مع عدم هذا الالتزام من المشترى، و لا يضرّ التعليق هنا لكونه واقعا على أمر حاصل و انما يضرّ التعليق إذا كان بأمر استقبالى غير حاضر كما هو واضح.

و من هذا القبيل الشروط الواقعه فى العقد اللازمه التى لا يجرى فيها الخيار كالنكاح، فان معنى الاشتراط فيه هو أن الالتزام بالنكاح على تقدير التزام المشروط عليه بالشرط المعلوم، و الّا فلا يلزم و يكون بذلك مندرجا تحت عموم الوفاء بالعقد، و أما إذا لم يف المشروط عليه بالشرط فلا يثبت للمشروط له ح خيار بذلك، بل لعدم جريان الخيار فى النكاح، بل يلزم فى الحكومه بالوفاء به، و قد ذكرنا فى بحث التعليق أن هذا لا يضر بالعقد، نعم إذا كان ذلك فى مثل البيع و نحوه مما يجرى فيه الخيار فيثبت للمشروط له خيار على تقدير عدم الوفاء بما التزم به، فتكون نتيجه الاشتراط أمران كما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۰۰

المعنى الثانى هو أن يكون التزام أحد المتعاقدين بالعقد معلقا على شى ء خاص لا أصل الالتزام بالعقد كما إذا باع أحد متاعا، و الشرط فى ضمن العقد صفه خاصه أى كونه على وصف خاص أو فعلا بأن يشترط عليه خياطه ثوب، و قد ذكرنا سابقا أنه لا معنى لاشتراط شى ء فى العقد، الّا التعليق، أو ثبوت الخيار للمشروط له على تقدير التخلف، و حيث لا معنى للأول فيكون معنى الاشتراط هو الثانى.

و قد تحصل مما ذكرنا أن الشرط فى ضمن المعاملات قد يكون بإناطه العقد بفعل كبيع شى ء على تقدير التزام المشترى ببيعه من شخص آخر أو

بفعل آخر اختیاری من الخیاطه و نحوها فإن أصل البیع متوقف علی هذا الالتزام و قد ذکرنا أن التعلیق لا یضرّ فی مثل ذلک لکونه علی أمر متحقق الحصول.

ثم ان المشروط علیه ان و فی بشرطه فهو، و الّا یثبت للمشروط له خیار تخلف الشرط و فی الحقیقه أن شرطه هذا منحل الی شرطین أحدهما الالتزام بالفعل الخاص فعلی تقدیر عدم الالتزام لا یحصل البیع أصلا، و الثانی ثبوت الخیار علی تقدیر التخلف و ان کان تحقق الشرط الثانی فی بعض الموارد من العقود أی عقد یجری فیه الخیار و قد یکون باطنه بالأوصاف کأن یبیع العبد بشرط کونه کاتبا أو یبیع العبد بشرط کونه خیاطا و هکذا و قد ذکرنا فی البحث عن خیار الشرط أن الالتزام بأوصاف المبیع لا معنی له الّا ثبوت الخیار للمشروط له علی تقدیر التخلف فإذا تخلف الوصف ثبت له خیار، و له أن یبقی العقد علی حاله أو یفسخ.

قوله: الکلام فی شروط صحه الشرط.

اشاره

أقول:

من جمله تلک الشروط أن یکون الشرط تحت الخیار المشروط علیه،

و الّا فلا یصح الشرط سواء کان صفه لا یقدر العاقد علیه التسلیم

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۳۰۱

بدونها أو کان عملا لا یقدر بإیجاده کأن یبیع داره و اشترط علی المشتری بیعها من عمرو مع أن شراء عمرو إیاها لیس تحت اختیار المشتری أو یشتری منه زراعه و اشترط علیه کون سنبلا أو کان هند زوجه له أو کون زوجه للمشتری مطلقه مع أن الطلاق و الزواج لا یتحققان بغیر سبب عیّنه الشارع و لا بدون اختیار من بیده الطلاق و من بیده أمر النکاح و هکذا من الافعال الغیر الاختیاریه للمشروط علیه و الجامع هو ذلک أی کون الشرط غیر اختیاری للمشروط علیه.

و قد استدل علی بطلان هذا النحو من الشرط و کونه من صغریات الشرط الفاسد بوجوه منها الإجماع و الثانی أن هذا النحو من الشرط غرر فیوجب بطلان البیع للنهی عن بیع الغرر، إذا کما لا بدّ و أن یکون المتبایعین عالما بالعوضین لئلّا یکون البیع غرریا من ناحیتهما و کذلک لا بدّ و أن یکونا عالمین بالشروط المعتبره فیه.

و الثالث: أن هذا الشرط لیس مقدور التسلیم للمشروط علیه فإنه کما یعتبر أن یکون المبیع و الثمن مقدور التسلیم و کذلک یعتبر أن یکون الشرط أیضا ککک.

و الرابع: ما ذكره شيخنا الأستاذ و اعتمد عليه، و هو أن المشروط عليه لا بدّ و أن يكون مالكا لما يشترط عليه، و الّا فيكون ذلك مثل بيع ما لا يملك و قد ذكر فى الفلسفه أن فاقد الشى ء لا يكون معطيا له كما هو واضح.

أقول: أما الشرط بالمعنى الأول و هو تعليق العقد بالعفل كتعليقه على التزام المشترى مثلا، لا من

جهه أن شرط أمر غير اختيارى موجب للبطلان، بل من جهه أن الالتزام لا يتعلق بأمر غير اختيارى كما هو واضح.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ۷ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المكاسب)؛ ج ۷، ص: ۳۰۱

بـل لاـ يصـدر اشتراط التزام الطرف بأمر غير اختيارى من شـخص عاقل أصـلا، إلّا إذا كان غافلا عن كونه غير مقـدور ففى هـذه الصوره نتكلم فى ذلك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۰۲

و أمـا الشـرط بالمعنى الثانى بأن يكون معنى اشتراط أمر غير اختيارى هو ثبوت الخيار على تقـدير عـدم حصول ذلك الأمر كما فى اشتراط الأوصـاف فـأى دليل يقتضـى بطلان ذلك، أما الإجماع فلا نظن بوجوده، بل نطمئن بعـدم حصوله، و لـذا خالف فى ذلك الشـيخ و القاضـى على ما ذكره المصـنف فى المتن و على تقـدير تحققه فلا نظن أن يكون مسـتنده رأى المعصوم (ع) بل يحتمل أن يكون مستنده تلك الوجوه المذكوره فى المقام.

و أما توهم كون هذا الشـرط غرريا و موجبا لبطلان المعامله فهو أيضا واضح الدفع لما ذكرناه فى بحث الغرر أن معناه هو الخطر و الهلاـكه فـإذا كان مرجع اشتراط أم غير اختيارى هو جعل الخيار للمشـروط له على تقـدير عـدم الحصول فأى خطر فى ذلك، فإنه إذا حصل الشـرط لزم البيع و الّا كان المشروط له بالخيار فأى غرر هنا و أىّ هلاكه مال أو شى ء آخر فى المقام، على أنه لو كـان هـذا غرريـا فـأى فرق بين هـذا و بين اشتراط الوصف، فإن الثانى أيضا غررى لجهل المتبايعين بالشـرط أو جهل الشارط به فيكون غرريا مع أنه لم يقل أحد بالبطلان هنا من جهه الغرر و قد أبدى المصنف

الفرق بينهما بأنه للإجماع، و فيه أنه غير محتمل أصلا بحيث يكون هنا إجماع يكون بعض افراد الغرر موجبا للبطلان دون بعض و أعجب من ذلك، أنه ذكر أن بناء المتعاقدين بالوصف فى اشتراطه يخرج المعامله عن الغرريه.

و فيه أولا- أن البناء أمر قلبى و الغرر عباره عن الخطر و هو أمر نفسانى اعنى التردد و الحيره فلا يرتفع بالأمر قلبى لعدم كونه من أفعال القلوب على أنه لو كان البناء موجبا لرفع الغرر و كيف لا يلتزمون بكونه رافعا للغرر فى المقام أيضا بأن يبنون على حصول ذلك الأمر فيكون ذلك موجبا لارتفاع الغرر كما لا يخفى.

و أما عدم القدره على التسليم فهو ليس شرطا آخر وراء اعتبار عدم الغرر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۰۳

فإنها شرط واحد و سببه الجهل على أنه انما يفيد إذا كان الشرط، بمعنى الأول. أعنى تعليق العقد على الفعل، كالالتزام و نحوه، و أما فى المقام فأى فائده لكون الشرط مقدور التسليم فإنك قد عرفت أن مرجع هذا النحو من الاشتراط الى جعل الخيار على تقدير عدم الحصول كما إذا باع الزرع و شرط فيه كونه سنبلا بمشيه اللّه و الّا فيكون له الخيار كما هو واضح، و من هنا ظهر أنه لا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من اشتراط مالكيه المشروط عليه بالشرط، و الّا يكون ذلك مثل بيع ما لا يملك، و من هنا ظهر الحال ما فى الفرع المعروف من أنه لو باع متاعه كالدار مثلا من زيد و اشترط بيعه من عمرو فإنه لا شبهه فى صحه هذا البيع و يترتب عليه الخيار على تقدير عدم البيع و تخلف الشرط كما هو واضح.

و

حاصل الكلام: أن الشروط التى يجب الوفاء بها ذكروا فيها شروطا منها أن يكون الشرط مقدورا و قد عرفت أنه استدل عليه بوجوه كالنهى عن الغرر و لزوم القدره على التسليم، و قد يكون الاشتراط فرع كون المشروط عليه قادرا عليه و مالكا له كما ذكره شيخنا الأستاذ، و قد عرفت أنه لا يرجع شى ء من ذلك الى محصّل و ذكرنا جمله من الكلام الذى يرجع الى ما نحن فيه.

و تحقيق البحث هنا أن الشرط تاره يكون شرط فعل و أخرى شرط صفه.

أما الأول: فقد يكون شرطا لفعل نفس أحد المتعاقدين.

و أخرى: شرطا لفعل شخص أجنبى عنهما.

أما الأول: و لو كان امتناعه قياسيّا كالطيران الى السماء و نحو ذلك مما يكون محالا بالنسبه إليه، فيكون معنى الشرط هو التزام المشروط عليه بالشرط و عليه فلا معنى لاشتراط أحد المتعاقدين على الآخر أن يلتزم بغير مقدور بأن يبيع ماله و يشترط عليه أن يلتزم بأمر غير مقدور فان هذا لا يصدر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۰۴

من عاقل أصلا.

نعم، لو وقع و لم يكن الشارط ملتفتا يكون الشرط أى ما يتعلق به الالتزام من المستحيلات، ثم انه إذا انكشف كونه من المستحيلات فهل يكون هذا أيضا داخلا تحت الشرط لغير المقدور فيبطل من الأول، بناء على بطلان الشرط الغير المقدور أو يدخل تحت الشرط المتعذر، فالظاهر أن يلاحظ مدرك ذلك، فان كان مدركه النهى عن البيع الغررى فلا شبهه فى عدم الغرر هنا، حيث ان الغرر على ما عرفت عباره عن الخطر و هو قائم بالتردد و الحيره، و قد فرضنا ان المتبايعين ليسا ككك، أى ملتفتين بكون الشرط غير مقدورا حتى يكون ذلك غرريا،

و ان كان مدركه عدم القدره على التسليم أو ما ذكره شيخنا الأستاذ من كون الشرط فرع كون المشروط عليه مالكا له فلا، بل يحكم بالبطلان و لكن قد عرفت عدم صحه شى ء من ذلك.

و سنبين الحق كما أشرنا إليه سابقا، من كون هو الارتباط و أما إذا كان الشرط متعذرا فى آخر الوقت بعد ما كان مقدورا فى الابتداء، فعل يكون هذا من صغريات الشرط الغير المقدور أو يكون من مصاديق الشرط المتعذر فلا يوجب فساد العقد فالحق المتعين هو الثانى، لأنه لا معنى لبطلان البيع بتعذر الشرط بعد ما كان صحيحا و الشرط مقدورا و ان قلنا ببطلان البيع بكون الشرط غير مقدور من الأول.

و أما إذا كان الشرط شرط فعل شخص آخر كأن يبيع و يشترط المشترى على البائع كون الزرع سنبلا أو البسر تمرا أو غير ذلك، فإنه ح لا شبهه فى صحه البيع فان معنى الاشتراط هنا ليس هو توقف العقد على التزام الطرف بالشى ء الخارجى، كما كان كك فى القسم الأول، بل معناه هو توقف التزام المشروط له بالعقد و الوقوف عليه و عدم فسخه متوقف على حصول الفعل الفلانى و صدوره عن شخص فلانى، و إذا لم يصدر الفعل من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۰۵

شخص فلانى ثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط فمرجع هذا النحو من الاشتراط هو جعل الخيار حتى ما لو صرح المتعاقدين باشتراط الإيجاب و القبول كليهما بحيث يعلم كون الشرط غير مقدور من حيث الشراء أى يكون بيع المشترى فعلا اختياريا و لكن شراء شخص آخر منه ليس اختياريا له كما هو واضح، و على هذا فلا شبهه فى العقد بل يجوز

أن يشترط فيه الفعل الغير الاختيارى أيضا، كموت زيد و سقوط الحجر من شاهق و نحو ذلك فان معنى جميع ذلك ليس الا جعل الخيار و محدوديه العقد كما هو واضح.

و لعل هذا مراد العلامه فيما إذا باع احد ماله و اشترط بيعه من شخص آخر، بل هو الظاهر حيث التزم بثبوت الخيار على تقدير عدم تحقق الفعل، و لم يحكم بالبطلان و مع مخالفه العلامه كيف يسوغ لأحد أن يدعى الإجماع فى المقام على البطلان و قد عرفت مخالفه الشيخ و القاضى.

نعم، هو احتمل اللزوم حيث ذكر أن الشارط انما يبيع و يشترط على المشترى بيعه من شخص خاص، انما يشترط هذا على تقدير قبول ذلك الشخص الأجنبى الاشتراء، و إذا لم يقبل فيكون البيع لازما و هذا الذى ذكره العلامه أيضا صحيح، و لكنه خارج عن المقام، فان كلامنا فى الشرط الغير المقدور و ما ذكره العلامه مقدور حيث ان بيع المبيع من شخص أجنبى على تقدير قبوله مقدور للمشترى فلا يكون من صغريات الشرط الغير المقدور كما هو واضح.

هذا كله فى شرط الفعل لأحد المتعاقدين للأجنبى ثم انه إذا علق العقد على فعل الأجنبى فلا شبهه فى ثبوت الخيار للمشروط له على تقدير التخلف كما عرفت الشرط، و إذ فعل الأجنبى من غير أن يتوقف عليه لزوم العقد و لا أصله فقبل الأجنبى هذا الاشتراط كما يقع ذلك فى العرف كثيرا حيث لا يقبل المشترى و يقبل الأجنبى كما إذا باع داره و اشترط إعطاء

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۰۶

درهم للفقير فلم يقبله المشترى، و لكن يقول الأجنبى هو علىّ، فهل يكون هذا الشرط واجب الوفاء عليه و يشمله عموم

المؤمنون عند شروطهم أو لا يشمله لكونه وعدا محضا، فسيأتى الكلام فيه فى الشروط الاتيه من أن أشرط الذى لا يتوقف عليه لزوم العقد و لا ـ أصله، هل هو واجب الوفاء أم لا، و أما إذا لم يقبله المشترى، بل لم يكن حاضرا أصلا فيكون عقد لازما فلا يكون للمشروط له خيار أيضا.

و الحاصل: أنه إذا علق أحد المتبايعين العقد على فعل الأجنبى فلم يقبله كان باطلا، و إذا قبله و عمل به فهو واضح، و الا كان للمشروط له خيار تخلف الشرط، ثم انه فى فرض قبول الأجنبى الشرط هل يكون ذلك واجب الوفاء عليه أو لا، بل يكون من صغريات الوعد فلا يجب الوفاء سيأتى الكلام فيه فى خلال الشروط الآتيه.

و أما شرط النتيجه، بأن يبيع زيد داره و يشترط على المشترى كونه وكيلا فى بيع داره أو تزويجه أو شى ء آخر أو يشترط عليه كون داره الفلانيه ملكا للبائع أو غير ذلك من شروط النتيجه فإن ذلك كله لا شبهه فيه و خارج عن المقام أعنى اشتراط غير المقدور فإنه بمجرّد هذا الاشتراط قد تحصل النتيجه جزما فان معنى الوكاله هو اعتبار الغير وكيلا و إبرازه بمبرز من المبرزات و كذلك بقيه العقود و من الواضح أن البائع إذا اعتبر فى ضمن بيع متاعه من عمرو و كون عمرو وكيلا فى بيع داره أو كون داره الفلانيه له و أظهره بقوله بعت متاعى بهذا الشرط و قبله المشترى، فقد تحصل الوكاله و تكون دار المشترى ملكا للبائع بنفس هذا الإبراز و الإظهار كما هو واضح.

و أما اشتراط كون زوجه المشترى بائنه أو كون بنته زوجه له أو غير ذلك من الأفعال التى

كانت لها أسباب معينه عند الشارع فغير مربوط بالمقام فان عدم حصول ذلک من جهه أن الشارع قد جعل لها أسبابا خاصه فلا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۰۷

تحصل بغيرها و قد ورد فی الروايات أن الطلاق ليس الا أن يقول الزوج لزوجه أنت طالق على (عند) شهود و على هذا فكيف يحصل بمجرد الاشتراط فی ضمن العقد بدون هذا السبب.

و أما شرط الصفه فقد ذكرنا مرارا أن معنى ذلک ليس الّا اشتراط.

الخيار على تقدير عدم ذلک الوصف إذا لا معنى للالتزام بالوصف الّا هذا.

و توهم أن عدم الغرر هنا من جهه البناء كما عليه المصنف عجيب كما عرفت مضافا على ما تقدم أن هذا البناء يمكن أن يكون تشريعا بناء كاذبا فان اشتراط الوصف الفعلی ليس الّا كاشتراط الوصف الاستقبالی، فكلها يرجع الى جعل الخيار كما هو واضح.

و توهم أن الشرط فی الأول غير مقدور هو فاسد للوجوه المتقدمه توهم فاسد، فان كون فعل الغير غير مقدور لا يخلّ بهذه الجهه و هو شرط الخيار لما ذكرنا أن المرجع فی ذلک كلّه الى شرط الخيار كما لا يخفى، فافهم.

و الوجه فی ذلک كلّه هو ما ذكرناه فی معنى الشرط من أنه عباره عن الربط و الارتباط و الإناطه، فإذا كان ذلک فی ضمن العقد فقد يكون العقد معلقا على شی ء و قد يكون الالتزام به معلقا على شی ء، و فی الثانی لا يفرق بين أن يكون ذلک الشی ء المعلّق عليه امرا اختياريا أولا فإنه على كل تقدير فالاناطه موجوده فإذا حصل و تحقق الشرط فهو، و الّا حكم بكون المشروط له ذی خيار كما لا يخفى.

و توهم أن الإجماع قائم على البطلان فاسد

لما عرفت من عدم الإجماع هنا كما هو واضح.

قد عرفت ان شرط الفعل انما يجوز إذا كان مقدورا من حيث متعلقه فلو شرط الالتزام بشى ء محال و لو كان محالا قياسيّا كالطيران الى السماء

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۰۸

لا ينفذ هذا الشرط، بل لا يشترط هذا الشرط عاقل فإنه بعد علمه بعدم تمكن المشروط عليه من ذلك فيكون هذا الاشتراط لغوا محضا.

نعم، إذا لم يلتفت الشارط بكونه غير مقدور، لا بأس باشتراطه ثم إذا انكشف أنه كان غير مقدور فان كان الاشتراط راجعا الى نفس الالتزام بالغير المقدور، ثم نكشف أنه غير مقدور و قد غرّه المشروط عليه بذلك فيكون العقد باطلا كما إذا اشترى أحد عبدا و اشترط على البائع كونه كاتبا و التزم البائع بذلك مع أنه لم يكن كاتبا فان هذا البيع يبطل حيث ان البيع المطلق اى بيع العبد على أى نحو كان لم ينشأ و ما أنشأ أعنى البيع المقيد فهو غير واقع من الأول، فيكون باطلا، و أما إذا كان الشرط هو التزام الطرف لا بما هو واقع الالتزام بدون الإبراز بل يبرزه أيضا و ان كان فى إبرازه كاذبا، و انما غرضه الغش، فح فالشرط قد تحقق، و قد علق العقد بالتزامه و هو قد تحقق بحسب إبراز المشروط عليه، و صار العقد مقيدا به و حصته خاصه أى إنشاء الملكيه أى على تقدير الملكيه الخاصه كما تقدم سابقا فى معنى جعل الخيار من أن معناه إنشاء الملكيه الخاصه المحدوده و ح كان العقد صحيحا و لكن حيث كان الشرط متعذرا ثبت للمشروط له ح خيار تخلف الشرط، فلا يكون لهذا الشرط واقع بحسب البقاء لكونه

لغوا فان الالتزام بغير المقدور لغو و كذلك لو كان الشارط ملتفتا من الأول فإن هذا الاشتراط مع العلم بعدم القدره عليه لغو، فلا معنى للالتزام به و لا يكون العقد خياريا به، و هذا بخلاف صوره الجهل بكونه غير مقدورا فان الالتزام من المشروط عليه يمكن هنا و لو من باب خدعه الشارط، و كك يصح الشرط من الشارط و على كل تقدير لا يمكن إلزام المشروط عليه بعد العلم بالحال و ان كان العقد خياريا.

قوله الثانى: أن يكون الشرط سائغا فى نفسه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۰۹

أقول: الظاهر أن غرضه من هذا الشرط هو ما تقتضيه القواعد حيث أن مقتضى القاعده أن يكون الشرط سائغا و الّا فلا يكون نافذا كالالتزام بالمحرم و ما لا ينفذ مخالف لمفهوم الشرط و هو الإناطه، فإن شرط غير النافذ غير مربوط.

و أما بحسب الروايات فسيأتى الكلام فيه فإنها مطبقه على أن كل شرط نافذ الّا الشرط الذى خالف الكتاب و السنه و حرّم الحلال و حلّل الحرام فإنه غير نافذ و عليه فالمقام من صغريات ذلك الشرط و هو الشرط الرابع فان مصاديقه أن يكون سائغا و غير محرّم، و من صغرياته غير ذلك فلا مجال لذكر هذا الشرط بالخصوص، و الّا كان المناسب التعرض لجميع مصاديق الشرط الرابع كما هو واضح.

قوله الثالث: أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا، أو بالنظر الى خصوص المشروط له.

أقول: حاصل كلام المصنف هنا أنه لا بدّ و أن يكون الشرط مما فيه غرض عقلائى و ما لا يكون فيه ذلك يكون فاسدا كاشتراط أن يكون الوزن و الكيل من افراد الكيل و الوزن المتعارفين، و الوجه فى ذلك أن مثل ذلك لا يعد حقا للمشروط له ليكون التصرف فيه حراما أو يتضرر المشروط له بعدم الوفاء به فيثبت له خيار أو يعتنى به الشارع و أوجب الوفاء به، كما هو واضح.

أقول: ان قلنا باعتبار الماليه فى أصل البيع على ما تقدم فى محله اعتمادا على ما عن المصباح من أنه مبادله مال بمال، مع أنه لم نقبله هناك و التزمنا بأن بذل المال فى مقابل التراب أو الخنفساء مثلا ليس ببيع و لم نكشف بالأغراض الشخصيه، و لكن لا دليل على اعتبار وجود الأغراض العقلائيه فى الشروط أصلا، بل يصح اشتراط ما تعلق به

الغرض الشخصى للشارط فإذا تخلف ثبت له الخيار و يؤيد ذلك، بل يدل عليه أنه قد يتعلق الحلف و النذر بالفعل الذى يتعلق به غرض شخصى لا نوعى، فهل يتوهم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۱۰

أحد بطلان ذلك فنفرض المقام أيضا كذلك فيمكن أن يكون غرض الشارط إيقاع المشروط عليه فى الصعوبه و نحو ذلك من الأغراض الشخصيه.

و توهم كون ذلك سفهيه و موجبه للبطلان هذا توهم فاسد لعدم الدليل على بطلان المعامله السفهيه و انما الدليل على بطلان معامله السفيه، و على تقدير أنه ورد فى دليل انه لا بدّ و أن يكون الشرط مما يتعلق به غرض عقلائى كما ورد أنه لا بد و ان لا يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنه فأيضا لا يمكن أن يتمسك بقوله (ع) المؤمنون عند شروطهم عند الشك فى كون شرط خاص هل تعلق به غرض عقلائى أم لا، فان ذلك تمسك للعام فى الشبهه المصداقيه. ثم ذكر المصنف أنه لو شك فى تعلق غرض صحيح به حمل عليه و حمل عليه كلام العلامه فى التذكره و هذا عجيب منه رحمه اللّه عليه، فإنه أولا ليس معنى حمل فعل المسلم على الصحه إلّا عدم معامله الفعل الحرام مع الفاعل من دون أن يترتب عليه آثار الفعل الصحيح كمن تكلم بشى ء فلا يدرى أنه سب أو سلم، فمقتضى ضع فعل أخيك على أحسنه نحمله على الصحه و نقول أنه لم يسب و لكن لا يجب عليه ردّ السلام اى السامع بدعوى أنه سلم فيجب رده لاقتضاء الحمل على الصحه.

على أن الحمل على الصحه انما هو فى مورد يكون طرف الاحتمال محرما لا لغوا، فان اللغو يصدر عن

العقلاء، بل لا يخلو عاقل الّا و يصـدر الفعل اللغو كل يوم مرات عديـده، و إذا خرق احـد قرطاسا فهل يتوهم أن يحمل فعله هذا على الصـحه و يقال انه ليس بلغو بمقتضـى حمل فعله على الصحه و ليس كذلك و العجب منه رحمه اللّه عليه حيث حمل كلام العلامه أيضـا على رأيه مع أنه ليس فى كلامه فرض الشـك، و انمـا هو ره حكم بصـحه هـذا الشـرط الـذى لم يكن فيه غرض عقلائى، و حكم بكون العقد خياريا، و الظاهر أنه أراد ما ذكرناه من عدم الدليل على كون الشرط مما يتعلق به غرض عقلائى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۱۱

و لا يلبس الا الخز، ثم انه على تقـدير ان يرد فى روايه أيضـا أنه لا بـدّ و ان يكون الشـرط مما يتعلق به غرض عقلائى فأيضا لا يمكن الحكم بصحته فى مقام الشك لكونه تمسكا بالعام فى الشبهه المصداقيه و هو لا يجوز.

ثم ان المصـنف (ره) ذكر بعض الشـروط التى من صـغريات الشرط التى لا تكون موردا للغرض العقلائى مثل ما إذا اشترى أحد عبـدا كافرا و اشترط على البائع كونه كافرا ففى صـحته و فساده قولان، للشـيخ و الحلى من تعلق الغرض المعتـد به من جواز بيعه من المسـلم و الكافر مع انه لو كان مسـلما لم يجز بيعه من الكافر، و لاسـتغراق أوقاته بالخدمه، فإنه لو كان مسلما لا شغل مقدارا من أوقـاته بالعبادات، و القول الآخر أنه يفسـد هـذا الشـرط لأن الإسـلام يعلو و لا يعلى عليه، و أن الأغراض الـدنيويه لا تعارض الأغراض الأخرويه و لكن الظاهر هو الوجه الأول فإنه مع قطع النظر عن الأغراض المذكوره التى

أغراض عقلائيه حكمنا بصحه الشروط التى لا يتعلق بها غرض عقلائى و كيف مع الأغراض المذكوره على أن اشترى العبد لأجل هدايته من أهم الأغراض العقلائيه فإنه ورد أن هدايه شخص خير من ملأ الأرض ذهبا الثانى يشبه بالتعليلات المذكوره فى كتب العلامه و لا يصلح سندا للفتوى الخاصه المبنيه على أساس صحيح من الكتاب و السنه أما ما ذكره من أن الإسلام يعلو إلخ، فإنه أجنبى عن المقام و الّا فلا بدّ من الحكم بأنه لا يصح شراء المسلم الكافر مع وجود العبد المؤمن لأن الإسلام يعلو و لا يعلى عليه و أما ما ذكر من عدم تعارض الغرض الدنيوى مع الغرض الأخروى فإنه ليس هنا غرض أخروى حتى يقع التعارض بينهما و يرجح الثانى فإن المعاملات أغلبها للأغراض الدنيويه و ان كان فى طيها أغراض أخرويه أيضا.

فتحصل أن شيئا من الشروط المذكوره لصحه الشرط الذى يجب الوفاء

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۱۲

قوله الرابع: أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنه فلو اشترط رقيه حر أو توريث أجنبى كان فاسدا.

اشاره

أقول: لا شبهه فى أن الشرط المخالف للكتاب و السنه غير نافذ للأخبار المستفيضه، بل المتواتره معنى و الظاهر أنه لم يخالف فى ذلك أحد فيما نعلم

و لكن هنا أمران ربما يحتملان فى المقام

أحدهما أن أدله وجوب الوفاء بالشرط يحتمل أن تكون مخصصه لأدله التحريم و رافعه للحرمه

و يكون المرجع الى أن المحرمات انما تكون محرمه بأدلتها الأوليه إذا لم يطرأ عليها عنوان الشرط فى ضمن عقد، و الّا تكون مباحه بل واجب الوفاء بمقتضى دليل وجوب الوفاء بالشرط و يكون ذلك نظير طروّ عنوان الثانى على الأشياء المحكومه بالأحكام بعناوينها الأوليه، و أن لم يكن المقام من ذلك القبيل كما قرر فى محله، لان بعنوان الاضطرار يرتفع الموضوع و ليس التخصيص كذلك و كيف هذا الاحتمال، بل ورد نظيره فى الشريعه فى التكليفيات و الوضعيات، أما التكليفيات كجواز الصوم فى السفر بالنذر مع أنه لم يكن مشروعا فى السفر و كجواز الإحرام قبل الميقات مع النذر مع أنه لم يكن مشروعا قبل الميقات بدون النذر، و أما فى الوضعيات كجواز ارث كل من الزوجه أو الزوج من الآخر بالشرط فى ضمن عقد المتعه مع التوارث فى غير القرابات النسبيه و غير القرابات السببيه المعروفه منتفيه، الّا أن هذا الحكم الوضعى قد ثبت بالاشتراط فيكون الدليل الدال على نفوذ هذا الشرط تخصيصا للأدله الداله على عدم هذا الحكم الوضعى فى غير الموارد المذكوره فيمكن أن يكون المقام من هذا القبيل أيضا بأن يكون ما دل على وجوب الوفاء بالشرط مخصصا على الأدله الداله على المحرمات أى الأدله الأوليه.

الأمر الثانى: أنه يحتمل أن تكون الأدله الداله على وجوب الوفاء بالشروط مخصصه

للأخبـار الكثيره الـداله على أن كـل شـرط جـائز بين المسـلمين إلاـ شـرطا خالف كتاب اللّه و سنّه نبيه من الأخبار المتواتره بأن يستكشف من تلك الأدله أى أدله وجوب الوفاء بالشـرط أن الشـرط الفلانى المخالف للكتاب أو السـنه لا بأس به فهو واجب العمل و هذا الأمر الثانى إن أراد به المحتمل وجوب الوفاء بالشرط تكون مخصصه لواقع

ما هو مخالف للكتاب و السنه أى لحكم اللّه سواء ذكر فى القرآن أو لا، بأن يكون الشى ء فى نفسه محرما بمقتضى حكم اللّه و لكن يكون مقتضى الشرط هو الجواز، و لا شبهه أن هذا مناقضه محضه لأن عدم رفع اليد عن الحكم الأمر بنفوذ الشرط المخالف مناقضه محضه، فلا يمكن الالتزام به، و هل يتوهم أحد جواز ورود التخصيص على اطاعه المخلوق بطرق المعصيه و من هنا ورد أنه لا طاعه للمخلوق فى معصيه الخالق و ان كان مراده التخصيص بظاهر الكتاب بمعنى أن يكشف من ملاحظه أدله وجوب الوفاء بالشرط أن ظاهر القرآن ليس بمراد فمرجع ذلك الى الأمر الأول، فإنه إذا لم يكن ظاهر الكتاب مراد يستكشف أنه ليس بحرام فى صوره الاشتراط فى ضمن عقد و هذا هو عين الأمر الأول

إذا عرفت هذا فاعلم

ان الكلام فى المقام يقع فى جهات:

الاولى: أن المراد من الكتاب المذكور فى هذه الأخبار المستفيضه أو المتواتره أى شى ء

حيث ذكر فيها أن كل شرط خالف كتاب اللّه فهو باطل على ما هو مضمون تلك الروايات، فهل المراد من الكتاب هو القرآن كما هو الظاهر منها فى بدو النظر أو المراد من ذلك ما هو مكتوب فى اللوح المحفوظ و بينه بلسان نبيه و لو فى غير القرآن فيكون المراد من الكتاب هو ما كتب كما ذكر ذلك فى القرآن أيضا بقوله عز من قائل كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيامُ، كَما كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ و قد عرفت أن النظر البدوى يقتضى الاحتمال الأول و كون المراد من الكتاب هو القرآن، و لكن النظر الى تلك الروايات

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۱۴

يقتضى أراد الاحتمال الثانى منها بأن يكون المراد بها هو ما كتبه اللّه و بينه بلسان نبيه، و لو كان فى

غير القرآن، و انه ما من شى ء الا و قد كتب اللّه فيه حكما، و يدل عليه وجوه.

الأول: أنه ورد فى بعض الروايات لفظ السنه أيضا، بأن لا يخالف الكتاب و السنه فأن ذلك قرينه على أن يكون المراد من الكتاب ما هو مكتوب للّه من الأحكام.

الثانى: أن مناسبه الحكم و الموضوع يقتضى التعميم حيث انه لا خصوصيه فى عدم نفوذ الشرط المخالف بين أن يكون مخالفا للقرآن أن لحكم الشارع و ان لم يكن مذكورا فى القرآن، إذ لا فرق بين أحكام الشرع و أفراد أحكامه فلا خصوصيه للمخالفه مع القرآن حتى لا يكون نافذا و أما مخالف السنه فيكون نافذا، بل جميع أحكام الشارع على نسق واحد سواء كان مذكورا فى القرآن أو فى غيره، و قد عرفت أنه لا معنى لجواز مخالفه حكم الشارع مع بقائه على حاله، فإن أمره بنفوذ الشرط المخالف مع عدم رفع اليد عن الحكم مناقضه واضحه و إذا فلا فرق بين أحكام الشارع، و بحسب مناسبه الحكم و الموضوع يحكم بأن المراد من الكتاب كل حكم شرعى فتكون النتيجه مما ذكرنا أن مفاد تلك الاخبار هو أن كل شرط نافذ الّا شرطا خالف الحكم الشرعى كما هو واضح.

الثالث: أن مخالفه القرآن أعمّ من أن يكون مخالفا لحكم مذكور فى القرآن أن لعموم القرآن و احكامه و من الواضح أن جميع الأحكام الشرعيه قد أمر فى القرآن بالإطاعه بها و الإتيان بها بمقتضى قوله وَ مٰا آتٰاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَ مٰا نَهٰاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا و من الواضح ان شرط ما يكون مخالفا لحكم شرع من أى حكم مخالف للقرآن كما هو واضح، فالمراد من الموافق مما يكون موافقا

لحکم الشارع و لو کان مستفادا من القواعد أو کان ثابتا بالأصل الذی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۳۱۵

دل علیه عموم حدیث الرفع أو غیر ذلک.

الجهه الثانیه: أن المراد من الشرط المخالف للکتاب هو الشرط الغیر الموافق أو الشرط المخالف،

و قد یظهر من بعض الروایات الاحتمال الأول و من بعضها الثانی، و ذکر فی بعضها ما سوی کتاب اللّه الظاهر أنه لا ثمره لهذا البحث بعد البناء علی أن المراد من الکتاب هو ما کتبه اللّه من الاحکام، فإنه علی هذا لا یوجد شرط غیر موافق للکتاب الا و یکون مخالفا له کما هو کذلک، و أظهر من الجمیع فی روایات المقام قوله علیه السلام الّا شرطا سوی ما هو فی کتاب اللّه أی یکون غیر ما کتبه اللّه، نعم لا- بأس للتکلم فی ذلک و ان المراد أی العناوین فی الاخبار الوارده فی عرض الاخبار علی القرآن فان المراد من الکتاب هناک هو القرآن و لذا أمر بعرضها علیه و ح فعنوان المخالف یفترق عن عنوان الغیر الموافق.

الجهه الثالثه: فی أن الشرط المخالف یکون علی ثلاثه أقسام:

الأول أن یشترط أحد المتبایعین علی الأخر فعلا محرما کقتل النفس المحترمه أو الکذب أو شرب الخمر و نحو ذلک.

الثانی: أن یشترط اعتبارا من الاعتبارات العقلائیه لکون زوجته مطلقه أو کونه وارثا للآخر أو کون ولاء العتق له مع کون المعتق لشخصا آخر و هکذا و هذا یرجع الی شرط النتیجه و قد عرفت فیما سبق أن مثل هذه الأمور لها أسباب خاصه لا توجد الّا بها إلّا إذا کان ذلک الشرط علی نحو یتحقق فی ضمن هذا العقد، بأن یوجد الاعتبار بنفس الاشتراط و یتحقق القبول بقبول المشروط علیه العقد، لما عرفت أن هذا الشرط شرط أمر اعتباری فلا بدّ من ملاحظه المورد بأنه یتحقق هذا الأمر الاعتباری أو لا یتحقق کما هو واضح، فان تحقق خرج الشرط عن کونه مخالف للکتاب و الّا فیکون مخالفا له.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۳۱۶

الثالث: أن

يشترط أحدهما على الآخر حكما من الأحكام الشرعيه كما إذا باع داره و اشترط على المشترى أن يكون الخمر حلالا أو غير ذلک من الاحکام و هذا هو اشتراط فعل الأجنبى عن العقد.

و قد عرفت أنه أمر غير المقدور للمشروط عليه و ح فان كان التعليق هو تعليق نفس العقد على الالتزام بفعل الغير.

و قد عرفت أنه باطل إذ لا معنى للالتزام بالأمر الغير المقدور حتى لو قلنا بصحه التعليق فى العقود و عدم بطلانه، فلا يصح الاشتراط هنا إذ لا يمكن الالتزام بأمر غير مقدور و ان كان مرجع الاشتراط هنا إلى إناطه لزوم العقد بفعل الغير و أنه على تقدير تحققه يلتزم المشروط له بذلک و الّا فلا فهو صحيح فإنه على تقدير تحقق ذلک الفعل يكون العقد لازما و الّا كان للمشروط عليه خيار تخلّف الشرط كما هو واضح فلا بدّ من التكلم فى هذه الأمور الثلاثه واحده واحده.

و قد ورد فى الروايات على ما عرفت عدم نفوذ الشرط المخالف لكتاب اللّه أو سوى كتاب اللّه أو لا يوافق كتاب اللّه على ما فى الروايات بالسنه مختلفه و كان الكلام فى معنى هذه الروايات و لا يخفى أن الشرط بحسب الاستقضاء قد يكون متعلقا بالمباح بأن يشترط فعل مباح أو تركه و المراد من المباح هنا ما لم يكن فيه إيجاب فيشمل المكروه و المستحب أيضا و الظاهر أنه لا شبهه فى نفوذ ذلک و لم نر من يستشكل فيه.

نعم قد ذكر فى روايتين ما يوجب توهم عدم نفوذ ذلک أيضا و أنه مخالف لكتاب اللّه.

الأولى: روايه العياشى، عن أبن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام قال: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام

فی امرأه تزوجها رجل و شرط علیها و علی أهلها ان یتزوج علیها أو هجرها أو اتی علیها سریه فهی طالق،

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۳۱۷

فقال علیه السلام: شرط اللّه قبل شرطکم ان شاء و فی بشرطه و ان شاء أمسک امرأته و تزوج علیها و تسرّی و هجرها إن أتت بسبب ذلک، قال اللّه تعالی فَانْکِحُوا مٰا طٰابَ لَکُمْ، الی آخره، و أحل لکم ما ملکت ایمانکم وَ اللّاتِی تَخٰافُونَ نُشُوزَهُنَّ فإن الأمور المذکوره أمور مباحه کما هو واضح.

الثانیه: روایه ابن عمار سماها المصنف موثقه المؤمنون عند شروطهم الّا شرطا حرّم حلالا- أو أحل حراما فأن اشتراط إلزام بالمباح یوجب عدم جواز العمل به لکونه محرما و الروایه الاولی و ان ذکر فیها بعض الأمور المباحه الّا أنه لا فرق بین افراد المباح جزما.

أما الروایه الثانیه فهی ضعیفه السند لغیاث بن کلوب فإنه لم یوثق فی الرجال و ان نقل عن الشیخ أنه و ان کان عامیّا و لکن الأصحاب یعملوا بروایته و لکنه لیس بوجه علی أن المذکور فیها أن کل شرط حرّم حلالا فهو غیر نافذ و علیه فلا یبقی مورد للعمل بالشروط الذی ثبت بالأدله الداله علی لزوم الوفاء بالشرط و هذا المضمون غیر موجود فی غیر هذه الروایه.

و أما الروایه الأولی فهی أولا ضعیفه السند لعدم ثبوت اعتبار تفسیر العیاشی.

و ثانیا: أن دلالتها غیر تامه فإنها مجمله حیث ان المذکور فی صدر الروایه أن ما تعلق به الشرط انما هو طلاق الزوجه علی تقدیر التزویج و الإتیان بالسریه أو هجرها فی المضجع علی تقدیر إتیان الزوجه بالنشوز و لکن فی ذیل الروایه استدل علیه بالآیه فإن ظاهر الآیه أن

نفس تلك الأمور أى الزواج و الإتيان بالسريه و الهجر فى المضاجع مما تعلق به الشرط لا أنها مقدمه للطلاق الذى هو متعلق الشرط كما فى صدر الروايه.

نعم، يمكن توجيه الروايه بأن الآيات الشريفه التى استدل بها الامام عليه السلام على عدم نفوذ الشرط انما دلت على جواز تزويج المرأه فوق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۱۸

الواحد و هكذا دلت على أخذ السريه و على جواز الهجر مع تحقق سببه و هو النشوز و لا شبهه أن جواز تزويج المرأه الأخرى غير الاولى ليس مخصوصا فى حكم العراب و كذا أخذ السريه، بل فى حق غيرهم أيضا و عليه فالشارع لم يجعل الزواج و أخذ السريه سببا للطلاق، بل سببه شى ء آخر و الّا لم يجز للمزوج أن يتزوّج بامرأه أخرى و الّا يلزم أن يكون ذلك مسببا لطلاقها و ح فجعل الزواج و أخذ السريه سببا للطلاق مخالف للآيات المذكوره و كتاب اللّه الكريم الداله بالملازمه على عدم جعله سببا للطلاق و أيضا جعل النشوز سببا للهجر و اشتراط عدم التهجر مع تحقق سببه مخالف للكتاب و هذا التوجيه و ان كان ممكنا فى مقام الثبوت و لكن لا يمكن المسير اليه بدون الدليل.

و على تقدير كون متعلق الشرط هى الأمور المذكوره فى الروايه و لو بمؤنه التوجيه المذكوره، و أيضا لا دلاله فيها على عدم نفوذ اشتراط عدم المباح حتى فى الأمور المذكوره و ذلك من جهه أن الامام عليه السلام قد استدل على بطلان الشرط بقوله و شرط اللّه قبل شرطكم و من الواضح أنه ليس فى المباح شرط اللّه ليتقدم على شرط المتبايعين فلا يمكن الأخذ بالروايه و الالتزام بكون

الشرط متعلقا بالأمور المذكوره من هذه الجهه.

و قد يقال كما فى المتن ان اشتراط الأمور المذكوره مناف للقرآن و أن استدلال الامام عليه السلام شرط اللّه قبل شرطكم صحيح، و ذلك من جهه أن التزويج على المرأه و أخذ السريه و الهجر فى المضاجع، و ان كان من الأمور الجائزه الّا أن غرض الشارع قد تعلق بعدم تغيرها عن إباحتها فلا يكون الشرط على خلافه نافذا، لأن شرط اللّه قبل ذلك، و هو و ان كان ممكنا أيضا فى مقام الثبوت، و لكنه يحتاج الى دليل و هو منتف بل استدل الامام عليه السلام بالايه على كون الأمور المذكوره مباحه من غير كونها مقيده

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۱۹

بشى ء، و من الواضح أن الإباحه ليس فيها شرط و عليه فلا معنى للاستدلال بأن شرط اللّه قبل شرطكم على عدم النفوذ و عليه فلا بد و أن تحمل الروايه اما على التقدير المتقدمه أو يرد علمها على أهلها.

نعم، يتحمل أن يكون بعض المباحات مما لا بدّ و أن يلتزم بكونه مباحا إلى الأبد و أن اللّه اثبت الإباحه فى بعض الأشياء المباحه و اشتراط خلافها خلاف شرط اللّه و خلاف ما كتبه اللّه فلا يكون ماضيا و أن شرط اللّه أسبق و هذه الكبرى و ان كانت صحيحه و لكن لم نجد لها صغرى فى المباحات كما هو واضح على انا لو أخذنا بها و قلنا بأن اشتراط خلاف المباح لا ينفذ لم يبق مورد للأخبار الداله على وجوب الوفاء بالشرط فإن أىّ مورد نفرضه لا بدّ و أن فيه حكم من الاحكام إذ لا يوجد شى ء الا و فيه حكم اللّه نافذ تشريعا

و تكوينا و إذا فلا دلاله فى شـى ء من هاتين الروايتين على عدم نفوذ الشـرط فى المباحات، فلا بدّ من الرجوع الى بقيه الروايات الـذى يسـتفاد منهـا كقوله عليه السـلام كـل شـرط نافـذ الّا ما خالف الكتاب أو كان سوى كتاب اللّه أو غير ذلك من المضامين المختلفه و الـذى يسـتفاد من ذلك مع ملاحظه ما دل على وجوب الوفاء بالشـرط أن أى فعل كان المكلف فيه مطلق العنان و لم يكن فيه إلزام من الفعل و الترك و انما تعلق الإلزام به من ناحيه الالتزام الشـرطى لا بـدّ من الوفاء به و لا يكون مخالفا للكتاب و السـنه أصـلا لعـدم تعلق شـرط به من نـاحيه الشارع حتى يجب الوفاء به و يكون وجوب الوفاء بالشـرط مناقضا له و الّا بان يكون الالـتزام الشـرطى مسـبوقا بالالـتزام الأـخر الشـرعى بحيث يجب أن يعمل على طبق ذلك الالتزام السابق لكونه ملزما و باعثا للعبد نحو الفعل لا بـدّ من العمل به و لا يكون شـرط المخالف سابقا و مقـدما عليه كما هو واضـح فان حفظ وجوب الوفاء بالشـرط و عدم نفوذ الشرط المخالف للكتاب هو ذلك و مع الغض عما ذكرناه،

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۲۰

فالروايتان متعارضـتان مع روايه منصور فإنها دلت على نفوذ الشرط المتعلق بترك التزويج بعد ذمه بئس ما صنع و إرشاده بذلك الذم وقوعه فى المشقه و الشده فتكون معارضه للروايتين المتقدمتين و يتساقطان و يرجع الى عموم المؤمنون عند شروطهم.

و بـالجمله أن هـذه الروايه و ان ذكر فيهـا الـذم، الّـا أنه لا يكشف من بطلان الشـرط، بل هو إرشاد إلى وقوع المشـروط عليه فى المشقه و أنه يندم بعد ذلك و

الّا فقد حكم الامام عليه السلام بنفوذ الشرط فى ذيل الروايه.

ثم انه قد يقال بأن النسبه بين ما دل على اباحه المباحات و بين ما دل على نفوذ الشرط هى العموم من وجه ففى مورد الاجتماع نحكم بالتساقط و فيه أولا أن الإباحه إنما تترتب على الأشياء بحسب طبيعتها و أنها لا تخالف الإلزام على تلك الأشياء و ثانيا أن ما دل على نفوذ الشرط مذيل بما دل على عدم نفوذ الشرط المخالف للكتاب و السنه و من الواضح أن المراد من المخالف ما يكون مخالفا مع قطع النظر من الشرط، فان المراد من مخالفه نفس ما تعلق به الشرط كما فى بعض الروايات لا نفس الشرط، كما يتوهم من بعض الروايات الأخرى، و الّا يكون كل شرط مخالفا فلم يبق مورد لوجوب الوفاء بالشرط و من الواضح أن الإباحه غير مخالفه للكتاب مع قطع النظر عن الشرط بخلاف الحرام مثلا فان فعله مخالف للكتاب و السنه كما لا يخفى.

ثم انه قد يتوهم عدم جواز شرط فعل المباح و الالتزام به لكونه مخالفا للروايه الداله على عدم جواز الحلف بترك العصر و أنه التزام خلاف التزم به الشارع و بينه. و فيه أن هذه الروايه فى مورد الحلف و قد يعتبر فيه المرجوح أو أن لا يكون تركه مرجوحا و لا شبهه أن الالتزام بترك المباح دائما مرجوح فلا يتعلق به الحلف بخلاف المقام فإنه لا بأس بتعلق الشرط بالمرجوح كما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۲۱

هذا كله فيما إذا اشترط احد المتبايعين على الأخر فعل المباح و قد يكون الشرط على غيره فى ضمن العقد فعل الحرام بأن يشترط على غيره شرب

الخمر أو أكل الميته و غير ذلك، و ح لو كان هنا دليل على نفوذ الشرط حتى فى فعل المحرم يكون ذلك تخصيصا لأدله المحرّمات و نظيره أن العزل عن الزوجه الدائمه حرام، و لكن مع اشتراط ذلك فى ضمن العقد نافذ للدليل الخاص.

ثم انه قد يتوهّم ان النسبه بين دليل المحرمات و بين أدله وجوب الوفاء بالشرط هى العموم من وجه، و فى مورد الاجتماع يحكم بالتساقط و يرجع الى الأصول العمليه (أو الى بناء العقلاء و ارتكازهم فإنه على العمل بالشرط المقرر) و لكن يرد عليه أولا أن وجوب الوفاء بالشرط انما فى فرض يكون ما تعلق به الشرط فى نفسه خاليا عن الإلزام فإن الظاهر من قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» أن العمل بالشرط انما هو من علامه الايمان كما ورد أن المؤمن فى عدته، يعنى من علامه الايمان أن المؤمن إذا وعد يفى بوعدته، و من الواضح أن هذا ما هو من علامه الإيمان انما هو الذى لا يكون فيه مبغوضيه فإنه إذا وعد أحد العياذ باللّه بالزنا أو اللواط أو شرب الخمر.

فهل يتوهم أحد أن العمل بهذا الشرط من علائم الايمان و كذلك الشرط فان وجوب الوفاء بالشرط انما هو فى مورد لا يكون الشى ء مبغوض الإيجاد قبل تعلق الشرط به، و الّا فلا يكون مشمولا لدليل وجوب الوفاء بالشرط.

الوجه الثانى: أنه قد ذكر فى أدله وجوب الوفاء بالشرط الّا ما خالف كتاب اللّه و سنه نبيّه أو بما سوى كتاب اللّه أو لا يوافق كتاب اللّه، و من الواضح أن المراد من المخالف ما يكون كك مع قطع النظر عن تعلق الشرط

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۲۲

به بأن يكون متعلق الشـرط مخالفا لكتاب اللّه، فان المراد من المخالفه مخالفه متعلق الشرط لا نفسه، و لذا ذكر فى بعض الاخبار ذلك و ما ذكر فى بعضـها الأخر من مخالفه نفس الشرط، انما هو بنحو من العنايه و على هذا فلا شبهه أن متعلق الشرط إذا كان فعل محرم بكون مخالفا لكتاب اللّه كما هو واضـح، و قـد تحصل من هـذين الوجهين أنه لا بدّ من تقديم جانب الحرمه فى ماده الاجتماع كما هو واضح، فافهم.

و الحاصل: أن ما تعلق به الشـرط إذا كان مباحا فلا شـبهه فى نفوذ الشرط ح إذ لا وجه لصرف ما دل على وجوب الوفاء بالشرط الى فعل الواجب أو ترك الحرام، فإذا اشترط أحد المتعاقدين على الآخر فعل مباح، أو تركه، يكون نافذا.

و أمـا ما توهـم دلالته على عـدم النفوذ كروايه العياشـى و غيرها فإنه فاسـد، فإنه و أن كان روايه التهـذيب موثقه و لكن لا يمكن المساعـده عليه من حيث الـدلاله لأن المراد من المباح ما كان مباحا فى كتاب اللّه و معه فلا وجه للاسـتدلال عليه بأن شـرط اللّه قبل شرطكم إذ لا شرط فى المباح.

و توهّم أنه أريـد من الأمور المذكوره فى الروايه المباحه التى لا تتغير عنه الرخصه كما ذكره المصـنف يحتاج الى دليل كما أن توهم أن بعض المباح لا بدّ و أن يلتزم بكونه مباحا إلى الأبد أيضا يحتاج الى الدليل (التوهم الثانى و الثالث شى ء واحد).

و أمـا إذا كـان الشـرط متعلقـا بفعل الحرام فقـد عرفت أنه لا يكون مشـمولا لعموم الأمر بالوفاء بالشـرط و ذلك لأن جمله هـذه الأخبار الداله على وجوب الوفاء بالشرط قد ذكر فيها الّا شرطا خالف

الکتاب أو ما سوى کتاب اللّه أو ما لا یوافق الکتاب و من الواضح أن المراد من الشرط المخالف هو ما یتعلق به الشرط و یکون مخالفا له مع قطع النظر عن تعلق الشرط و ذلک لأن مخالفه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۳۲۳

الکتاب مأخوذه فی موضوع الشرط المخالف فلا- بدّ و أن یکون الموضوع محققا قبل الحکم بأن یکون متعلق الشرط مخالفا للکتاب قبل الشرط، و أما إطلاق الشرط علیه أی على المتعلق مع أنا ذکرنا أن الشرط هو الإناطه فهو سهل لکثره إطلاق الشرط على متعلقه و لو بالعنایه، و المجاز و لو لم یکن المراد هو ما ذکرناه لم یبق شرط الّا و یکون مخالفا للکتاب غیر اشتراط ترک الحرام و فعل الواجب و على هذا فلا شبهه أن اشتراط ترک الواجب أو فعل الحرام مخالف للکتاب مع قطع النظر عن الاشتراط و علیه فلا یشمل دلیل الوفاء بالشرط باشتراط فعل المحرّم و ترک الواجب أصلا.

نعم، یمکن أن یرد التخصیص على ذلک بأن یکون الشی ء حراما و لکن کان بالشرط جائزا فیکون ذلک تخصیصا لما دل على عدم نفوذ الشرط المخالف للکتاب مع قطع النظر عن الشرط کما ورد نظیر ذلک فی الصوم فی السفر و الإحرام قبل المیقات و العزل عن الزوجه الدائمه مع اشتراطه فی ضمن العقد، کما هو واضح، و دعوى ضعف التخصیص هنا کما ذکره المصنف لا مجال له، فإنه انما یکون التخصیص ضعیفا إذا کان لحاظه مع ملاحظه متعلق الشرط مع الشرط معا، بأن یکون شی ء باقیا على حرمته حتى مع تعلق الشرط به، فإنه ح لا شبهه فی ضعف دعوى التخصیص، و لیس کک کما

عرفت، بل التخصيص انما هو فى الشرط المخالف مع قطع النظر عن الشرط، و يكون مع الشرط جائزا.

و بعباره أخرى أنه يمكن نفوذ الشرط المخالف للكتاب إذا كانت مخالفته مع قطع النظر عن الشرط لا مع الشرط أيضا، بأن يكون باقيا على حرمته مع الشرط أيضا و مع ذلك يكون نافذا و واجب الوفاء كما هو واضح.

على أن الشرط انما يجب الوفاء به إذا كان ذلك من علائم الايمان كالوعد و الحرام ليس كذلك. كما تقدم، و هل يتوهّم أحد كون فعل الزناء مع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۲۴

الوعد أو الاشتراط من علائم الايمان.

(و أما القسم الثالث) و هو أن يشترط أحد المتعاقدين على الآخر اعتبار أمر كأن يبيع داره من هند و يشترط عليها أن تكون زوجه له أو يبيع فرسه من غيره و يشترط عليه كون المزرعه الفلانيه ملكا للبائع و هكذا و هو على ثلاثه أقسام، لأن هذا الأمر الاعتبارى الذى يشترط أحدهما على الآخر تحققه قد يكون على نحو لا يحتاج الى سبب خاص و لا يكون من فعل شخص آخر، بل يكون فعلا اختياريا للشارط بحيث يصح اعتباره منه، بأى سبب كان، و بأى نحو ابرز و هذا لا شبهه فى تحققه بالشرط و قبول المشروط عليه، و ذلك كاشتراط أن يكون المشترى وكيلا للبائع فى فعل خاص أو يشترط عليه أن يكون وصيا له أو تكون داره ملكا له بعد موته فان هذه الأمور تتحقق بمجرّد قبول المشترى و يكون قبوله ابرازا للوكاله و الوصيه و التمليك كما هو واضح، فإن الأمور المذكوره أمور اختياريه للشخص و غير محتاجه إلى سبب خاص فتكون مبرزه مقبول المشترى، أى

من عليه الشرط اشتراط الشارط كما هو واضح.

و قد يكون اعتبار أمر غير اختيارى للمشروط عليه كأن يشترط عليه كون زوجه زيد الذى هو غير المشروط عليه طالقا، أو كون ابنته زوجه للشارط نحو ذلك فان ذلك و أمثاله من أفعال الأجنبى و من اعتباراته النفسانيه فلا معنى لاشتراطه على المشروط عليه على أنها محتاجه إلى سبب خاص، فلا توجد بأى سبب كما هو واضح.

و قد يكون ذلك أمرا اختياريا للمشروط عليه الّا أنه لا يوجد لاحتياجه الى سبب خاصّ و لا يوجد بكلّ سبب كأن يشترط عليه كون زوجه طالقا أو كون بنته الصغيره زوجه للشارط، فان ذلك و ان كان تحت اختيار الشارط الّا أنه لا يوجد الّا بسبب خاص فإنه الطلاق لا يكون طالقا الّا أن يقول

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۲۵

أنت طالق، لا يكفى أن يقول طلقتک، و نحوه، و كذلک النكاح.

نعم، يمكن ورود التخصيص على كل من الشقين الأخيرين، و يحكم الشارع بتحقق الاعتبار المذكور بالاشتراط فى ضمن العقد، كما يمكن أن يرد التخصيص على الشق الأول أيضا، بأن يحكم الشارع بعدم تحقق الاعتبار بالاشتراط و ان كان أمرا اختياريا للمشروط عليه و كان يوجد بأى سبب الّا أن الشارع حكم بعدم تحققه بقبول الشرط و إبرازه بذلک، فان ذلک كله تحت يد الشارع.

و أما القسم الرابع، و هو ما اشترط على الآخر فى ضمن العقد جعل وجود حكم من الأحكام الشرعيه كأن يبيع داره و يشترط عليه حليه الخمر أو شى ء آخر من المحرّمات أو إباحه واجب و نحو ذلک، و قد ذكرنا سابقا أن هذا يرجع الى اشتراط فعل الأجنبى.

و عليه فان كان الشارط ملتفتا على

كونه فعل الغير، غير مقدور للمشروط عليه، و كان غرض الشارط تعليق أصل العقد على ذلك فلا شبهه فى بطلان العقد، فإنه مضافا على بطلان التعليق فى العقود، أن هذا باطل لعدم إمكان الالتزام بالغير المقدور فيكون العقد باطلا لعدم حصول المعلق عليه و هو الالتزام إذ لا يوجد الالتزام، و لا يتحقق الأمر الغير المقدور.

و ان لم يكن ملتفتا بذلك أى بكونه غير مقدور و أظهر المشروط عليه أيضا التزامه بالشرط أو كان الشارط ملتفتا بكونه غير مقدور، و لكن علق الخيار على ذلك الشى ء، فلا شبهه فى صحه العقد، و لكن يكون للشارط الخيار على تقدير التخلف حتى لو قال بعتك و اشترط لنفسى الخيار على تقدير عدم حليه الخيار كان صحيحا، فان هذا ليس اشتراط الحرام ليكون مخالفا للكتاب، بل اشتراط الخيار على تقدير التخلف و هو صحيح حتى مع العلم بعدم الحصول و كونه حراما فان مرجع جعل الخيار الى تحديد الملكيه و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۲۶

إنشائها محدوده و إنشاء الملكيه المحدوده أى الملكيه على تقدير بمكان من الأماكن كما عرفت فى معنى جعل الخيار و هذا واضح لا شبهه فيه.

ثم ان المصنف (ره) بعد ما ذكر حكم مخالفه الشرط للكتاب و السنه ذكر أنه مع الشك فى كون شرط مخالفا للكتاب و السنه يرجع فى مشروعيه الشرط إلى أصاله عدم مخالفته للكتاب، و ما ذكره هنا مخالف لما ذكره فى أصوله و عقد عليه تنبيها خاصا لعدم جريان هذا الأصل فى تنبيهات الاستصحاب و أطال شيخنا الأستاذ الكلام فى عدم جريان هذا الأصل و ذكرنا نحن أيضا فى الأصول أن هذا الأصل غير جار لأنه ان كان

المراد من عدم مخالفه ذلک الشرط للکتاب و السنه هو العدم النعتی فلیس له حاله سابقه إذ فی أی زمان کان هذا الشرط و لم یتصف بعدم کونه مخالفا للکتاب و السنه و ذلک لأن فی العدم النعتی لا بدّ و أن یوجد الموضوع بدون النعت لیکون مسبوقا للعدم النعتی، حتی یمکن استصحاب عدم هذا النعت عند الشک فی اتصاف ذلک الموضوع بهذا النعتی العدمی، و ان کان المراد من العدم العدم المحمول، فهو و ان کان له حاله سابقه و لو قبل الشرع و الشریعه أو بعد الشریعه أیضا بمقدار من الزمان الّا أن استصحاب ذلک لا یثبت الموضوع الشرعی و لا یثبت أن هذا الشرط غیر مخالف للکتاب و السنه، الّا علی القول بالأصل المثبت، فان کون هذا الشرط غیر مخالف للکتاب من اللوازم العقلیه للعدم المحمولی و کل ذلک لا شبهه فیه و لا نحتاج الی التطویل، و لکن قد ذکرنا فی محله حجیه العدم الأزلی و معه لا نبتلی بهذه الإشکالات کما هو واضح، فراجع.

و لکن العدم الأزلی لا یجری فی المقام و ذلک لعدم وصول النوبه الیه و بیانه أن الشک تاره یکون فی الجعل و أخری فی تغیر الحکم بالشرط و نحوه، و الشق الأول و ان کان خارجا عن کلام المصنف و لکن نتکلم فیه أیضا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۳۲۷

توفیه للأقسام و الکلام.

أما الشق الأول فتاره یکون الشک فی الحکم التکلیفی و أخری فی الحکم الوضعی، أما الأول کما إذا باع متاعا من زوجته مثلا، أو تزوّجها و اشترط علیها أن ترقص له فی کل لیله و شککنا فی أن هذا الشرط مخالف للکتاب أم

لا، و لا نكتب هذا المثال، فإنه مزاحى أو اشترط شرب التتن مثلا، و شككنا فى كونه مشروعا و عدمه فإنه بناء على ما ذكرناه من كون الشرط مخالفا للكتاب هو كون متعلق الشرط مخالفا له مع قطع النظر عن الشرط فلا شبهه فى أن هذا الشرط غير مخالف له فان مقتضى الأصول العمليه تثبت كون ترقص مباحا، فإنه من الشبهات البدويه و تجرى فيه البراءه، و كك الحال إذا أحرزنا حكم المشكوك بالأماره أو بالأصول الأخر غير البراءه فإن هذا الموضوع الخاص مباح و غير مخالف للكتاب و السنه.

و أما إذا شككنا فى الحكم الوضعى بأن اشترط شرطا فى العقد و شككنا فى صحته و فساده أى نفوذه و عدمه فان مقتضى الأصل هو الفساد و هذا هو المعنى من قولهم أن الأصل فى العقود و الإيقاعات هو الفساد الّا أن يكون الاشتراط هنا من القسم الرابع بأن اشترط فى العقد الخيار على تقدير وجود الحكم الفلانى، فقد عرفت أنه مع عدم التحقق يثبت للشارط الخيار بان يكون الشرط أى متعلقه مما يشك فى كونه صحيحا أو فاسدا، نعم إذا كان الشك فى أصل صحه جعل الخيار كان الحكم فيه أيضا الفساد لما عرفت أن الأصل فى العقود الفساد و فى كل من هذين الفرضين للقسم الأول لا تصل النوبه الى الأصل أصلا، حتى يستشكل فيه أنه يجرى فى المقام أو لا يجرى.

و أما إذا كان الشك فى تغيّر الحكم بالشرط فأيضا لا تصل النوبه الى الأصل، لما عرفت أن المراد من مخالف الكتاب هو المخالف لو لا الشرط و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۲۸

عليه فلا تتغير ذلك بالشرط إلّا إذا كان

هنا تخصيص و هو يحتاج الى الدليل، و فى كل مورد ورد دليل على نفوذ الشرط المتعلق بالحرام كما فى الأمور المتقدمه يحكم بنفوذه و الّا نحكم بالبطلان لأجل تلك الأخبار المتواتره الداله على أن الشرط المخالف للكتاب و السنه باطل كما هو واضح.

و قد تحصّل أنه لا تصل النوبه فى الموارد المشكوكه الى الأصل أصلا حتى يتكلم فى جريانه و عدمه و ان نقحنا فى الأصول أن الأعدام الأزليه لا مانع عن جريانها.

ثم انه بقى الكلام فى بعض الفروع التى وقع الكلام فى كون الشرط فيها مخالفا للكتاب و السنه أم لا،

اشاره

و قد أشار الى عنوان هذا المطلب المصنف

بقوله: و انما الإشكال فى تميز مصداق أحدهما عن الآخر فى كثير من المقامات.

(۱)

منها كون من أحد أبويه حره رقا

بأن يشترط صاحب الأمه على من يتزوجها من الحر أن يكون الولد على تقدير حصوله رقا و قد وقع الكلام فى كون هذا الشرط سائغا و عدمه.

و محصل كلام المصنف هنا أنه ان كان عدم كون ولد الحر رقا الثابت بالأدله المتواتره من قبيل العله بحيث لم يتخلف عنه الحكم كان هذا الشرط مخالفا للكتاب و السنه فان الولد الحاصل من الحر و الأمه بمقتضى الأدله الداله على تبعيه الولد لا شرف أبويه، يكون حرا، لكونه ولد حر، فلا يكون اشتراط كونه رقا فى عقد الزواج نافذا لاستحاله تخلف المعلول عن علته التامه و ان كان كون الولد للحر من مقتضيات كون الولد حرا لا علّه تامه لذلك فلا يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنه، و لكن لم يرجح شيئا عن هذين الاحتمالين.

أقول: قد عرفت أن المراد من كون الشرط مخالفا للكتاب هو مخالفته مع قطع النظر عن الشرط لأن ذلك أى المخالفه مأخوذ فى موضوع الشرط فلا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۲۹

يمكن أن يلاحظ ذلك مع الشرط و عليه فلا شبهه أن اشتراط أن يكون الولد رقا فى ضمن عقد التزويج مخالف للكتاب، لأن الأدله مطبقه على كون ولد الحر حرا و ممّا يدل على كون هذا الشرط مخالفا للكتاب أنه لم يتوهم أحد جواز اشتراط هذا الشرط فى ضمن العقد البيع أو عقد آخر، بل كلمن ذكر هذا انما ذكره فيما إذا اشترط ذلك فى ضمن عقد تزويج الأمه كما هو

واضح.

و أما الخلاف فی أن هذا الشرط نافذ

أو غير نافذ فليس من جهه العمومات الداله على وجوب الوفاء بالشرط ليقال انه أى فرق فى التمسك بها بين أن يكون الشرط المذكور فى ضمن عقد الزواج أو فى غيره، بل الخلاف المذكور من جهه الروايات التى دلت جمله منها على نفوذ ذلك الشرط و جمله أخرى على عدم نفوذها فمن عمل بالطائفه الأولى حكم على تخصيص ما دل على عدم كون ولد الحر حرا، بل يكون حرا بالشرط فى ضمن عقد زواج الأمه للحر، و من عمل بالطائفه الثانيه فمنع عن نفوذ ذلك الشرط، فلم يقل بالتخصيص و حيث انه ليس هذا مورد العمل و الأثر الفعلى لم نتعرض لتلك الروايات.

قوله: و منها ارث المتمتع بها هل هو قابل للاشتراط فى ضمن عقد المتعه أو عقد آخر، أم لا.

أقول: الظاهر لا خلاف فى أن اشتراط إرث الزوجه المتمتع بها بحيث تكون كسائر الزوجات صحيح و ذكر بما حاصله الظاهر أنه اتفق الفقهاء رضوان اللّه عليهم على عدم مشروعيه اشتراط الشرط المذكور فى ضمن عقد آخر و أيضا اتفقوا على عدم مشروعيه اشتراط إرث أجنبى آخر فى ضمن أىّ عقد كان سواء كان هذا العقد المتعه أم غيره، و على هذا يقع الإشكال فى أفراد غير الوارث و فى أفراد العقود فان كان ثبوت الحكم لموضوعه على وجه العله التامه بحيث لا يتخلف بأن يكون غير الوارث وارثا فلما ذا تخلف فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۳۰

عقد المتعه، و قد فرضنا أن ثبوت التوارث للأشخاص الخاصه على نحو العله التامه و ان فرضنا أن ذلك على نحو الاقتضاء فلما ذا يجرى فى غير عقد المتعه، و لماذا لا يجوز اشتراط ارث غير الوارث من غير الزوجه المتمتع بها فى ضمن عقد المتعه.

أقول: قد عرفت حكم ذلك من الفرع السابق

و توضیح ذلک أن العمومات الداله علی وجوب الوفاء بالشرط بالنسبه إلی اشتراط إرث أی أجنبی من الأجانب و فی أی عقد من العقود سیّان فان کان ثبوت الإرث الذی هو حکم من الأحکام الوضعیه علی موضوعه علی نحو ثبوت المعلول لعلته فلا یصح فی جمیع العقود و لا فی شخص من غیر الوارث، و ان کان ذلک بعنوان المقتضی صح الاشتراط مطلقا.

و قد عرفت فی القسم الثالث من الشرط أن اعتبار أمر اعتباری لشخص لا یکون تحت اختیار الشخص دائما و بأی سبب کان ففی المقام اعتبار مالیه الترکه لغیر الوارث لیس فی اختیار المورث و لکن قد ورد فی جمله من الروایات المعتبره جواز إرث الزوجه المتمتع بها فی عقد المتعه، و عمل بها المشهور فیکون ذلک تخصیصا لما دل علی ثبوت التوارث فی الموارد الخاصه و نکشف من ذلک أن هذا الشرط المتعلق بما هو مخالف للکتاب مع قطع النظر عن الشرط لیس مخالفا له مع لحاظ الشرط کما هو واضح و من هنا یعلم أنه لا وجه للإشکال المذکور فان جواز الشرط المذکور فی هذا المورد لیس من ناحیه أدله الوفاء بالشرط حتی یشکل بعدم الفارق بین أفراد العقود و بین أفراد الأجانب، بل بین أن یشترط کون الزوج و الزوجه مثل سائر الزوجات أو مثل بقیه الوارث من الابن و البنت و الأب و الام و غیرهم، کما لا یخفی.

نعم، فی المقام روایتان أشار إلیها السیّد (ره) فی المقام، إحداهما

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۳۳۱

مرسله الکافی الداله علی عدم جریان الإرث فی المتعه اشترط أو لم یشترط.

و الثانیه روایه البرقی و هی أیضا بهذا المضمون و قد عمل

بمضـمونهما السيّد فی حاشيته، و ان التزم فی العروه علی ما يبالی بعدم نفوذ هذا الشرط، و لكن الظاهر أن ما ذهب اليه المشهور من نفوذ هذا الشرط فهو المتعيّن و لا تقاوم هاتين الروايتين بذلك.

أمـا الروايه الأولی فنحتمـل أنها هی روايه البرقی بعينها فان صاحب الكافی لم يسـمی بالراوی بل نقل بعنوان روی فلعلها ما نقله البرقی و علی تقدير كونها روايه مستقله و هی ضعيفه السند للإرسال، و لذا لم يستند إليها الكلينی أيضا، و نقله بعنوان روی.

و أما الروايه الثانيه فالظاهر أنها أيضا ضعيفه السند لأن فی سندها حسن و هو لم يوثق و يحتمل أنه حسين و لذا عنوان الشيخ فی أول كلامه بعنوان حسن و سماه فی آخر كلامه بحسين، و علی ما فی رجال المامقانی و يحتمل ان يكون إماميّا و أما التوثيق فلا، و علی تقدير أن يكون هاتان الروايتان معتبرتين لا تقاوم الروايات الداله علی نفوذ الشرط لأنه مضافا الی كونها مشهوره أو قريبه منها، و عمل المشهور بها و كونها أصح سندا أنهما يتعارضان و لا بدّ ح من ترجيح ما دل علی نفوذ هذا الشرط لكونه موافقا للكتاب إذ المذكور فيها أن للزوجه الربع مع عدم الولد و الثمن مع وجود الولد و من الواضح أن الزوجه تطلق علی المتعه كما تطلق علی الدائمه و من هنا استدل الفقهاء فی كثير من أبواب الفقه علی ترتب أحكام الزوجه علی المتعه بصحه إطلاق الزوجه عليها غايه الأمر قد ثبت بالروايات أن المتعه لا ترث فأوجب ذلك خروجها عن الآيه الّا أن ذلك لا ينافی ثبوت التوارث بينهما من جهه الاشتراط للروايات الداله علی نفوذ هذا الشرط

فى عقد المتعه و قد فرضنا أن ذلك لا يخالف الكتاب، بل يوافق إطلاقه، كما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۳۲

هو واضح.

قد عرفت أن اشتراط الإرث فى عقد المتعه مما وقع فيه الخلاف بأنه شرط خلاف الكتاب أم لا، فالمشهور هو الثانى و بعضهم إلى الأول. و ذكرنا سابقا أن اعتبار الملكيه لشخص آخر و ان كان امرا اختياريا لكل شخص و ليس له سبب خاص و لكن اعتبار ملكيه التركه بعنوان الإرث لغير الوارث ليس فى اختيار الإنسان إلا إذا كان ذلك من باب الوصيه من الثلث و الّا فهو شرط على خلاف حكم اللّه و من ذلك اشتراط الإرث للزوجه المنقطعه فى عقد المتعه و من هنا ورد فى عده من الروايات أن المنقطعه لا ترث و زواج المتعه ليس زواج ارث.

نعم، ورد فى جمله أخرى من الروايات أن المتعه قد تكون زواج ارث كما إذا اشترط فيها التوارث، و قد لا تكون زواج ارث ان لم يشترط فيها الإرث، فيعلم من هذه الأخبار جواز اشتراط الإرث للمنقطعه فى العقد فتكون هذه الأخبار مخصصه لما دل على عدم الإرث فى المتعه كما أن الاخبار الداله على عدم الإرث فى المتعه مخصصه للآيه الشريفه الداله على إرث الزوجه لكونها مطلقه تشمل الدائمه و المنقطعه.

و لكن هنا روايتان تدلان على عدم إرث الزوجه المنقطعه اشترط أم لم يشترط، إحداهما مرسله الكافى و الثانيه روايه البرقى، و ذكرنا أن المحتمل القوى أن يكون المراد من المرسله هى روايه البرقى و على كل تقدير سواء اتحدا أم تعددا، فروايه الكافى مرسله و روايه البرقى ضعيفه لما تقدم فلا تكونان متعارضتين لما دل على ثبوت التوارث فى

زواج المنقطعه بالاشتراط و على تقدير صحه السند ذكرنا سابقا أنه لا بدّ من ترجيح ما دل على ثبوت الإرث بالاشتراط لكونه موافقا لعموم القرآن الدال على ثبوت الإرث فى الزواج مطلقا لإطلاق المزوجه على الدائمه و المنقطعه كما هو كثير فى كثير

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۳۳

من أبواب الفقه و لكن نقول أنه لا بدّ من تقديم ما دل على عدم التوارث لعدم وصول النوبه إلى الترجيح حتى نأخذ الموافق للكتاب، بل هنا عموم فوق و هو الأخبار الداله على عدم التوارث، و عليه فيحكم بالتساقط، أى تساقط ما دل على ثبوت الإرث بالاشتراط و عدمه سواء اشتراط أم لا، فيرجع الى تلك الأخبار الداله على عدم الإرث فى المنقطعه مطلقا.

قوله: و منها أنهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان فى العاريه.

أقول: المشهور أن اشتراط الضمان فى العاريه صحيح، و لكن اشتراطه فى عقد الإجاره غير صحيح، و قد أشكل ذلك بأنه ان كانت الامانه موجبه لعدم ضمان الأمين و عله تامه لذلك فلا بدّ و ان لا يتخلف فى الإجاره و العاريه كليتهما و ان لم تكن عله لذلك بل مقتضيه له فلما ذا تخلف ذلك فى العاريه دون الإجاره مع أن كل من المعير و المستأجر أمنان فى وضع اليد على العين المعيره و المستأجره.

أقول: أن المراد من الضمان هنا ليس ما هو المراد فى باب الضمان أى الضمان على دين أحد و نحوه، فإنه بمعنى نقل الدين على ذمه الضامن أو ضم الذمه إلى الذمه كما عليه العامه، بل المراد من الضمان هنا هو ان يشغل الضامن ذمته بالعين على تقدير تلفها فيكون المراد منه الضمان بالعين على تقدير التلف و سبب هذا الضمان أى ضمان العين أمران أما

إتلاف العين التى هى ملك للغير فيكون المتلف ضامنا لها بمقتضى من أتلف مال الغير و هو له ضامن و اما بدليل على اليد ما أخذت حتى تؤدى و لو بضميمه بناء العقلاء عليه، و ليس هنا سبب ثالث لهذا الضمان و عليه فاشتراط ضمان العين فى ضمن عقد من العقود مخالف لما هو ضرورى فى الشرعيه أعنى عدم كون غير الإتلاف سببا للضمان فيكون شرطا مخالفا لما كتبه اللّه على عباده و بيّنه بلسان سفرائه الّا أن يكون هنا مخصص فى مورد بحيث ورد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۳۴

دليل خاص على أن الاشتراط فى ضمن العقد الفلانى يكون موجبا للضمان أيضا لا يقال أن دليل وجوب الوفاء بالشرط يدل على أن الشرط أيضا من أسباب الضمان، و فيه أنه ليس بمشرع حتى يدل على ذلك فإنه إنما يشمل الموارد التى كان للشخص جعل ذلك فى طبعه على نفسه أى يكون سائغا فى نفسه و يكون دليل الوفاء بالشرط دالا على الإلزام و لم يثبت فى الشريعه أن يضمن أحد ما إتلافه شخص آخر و عدم ثبوت المانع عنه لا يكفى بل لا بدّ و أن يثبت له حق على ذلك كما جاز له ان يعطى قيمه العين مع التلف قبل الشرط فيجوز شرطه أيضا، فافهم.

و على هذا فيرتفع الإشكال فى المقام حيث انه وردت روايات معتبره على جواز اشتراط الضمان أى ضمان العين مع التلف على المعير فى عقد العاريه فتكون هذه الروايات مخصّصه لما هو ثابت فى الشريعه من عدم كون غير الإتلاف و اليد من موجبات ضمان العين و لكن لم يرد ذلك فى غير العاريه فيبقى تحت القاعده الأوليه

أعنى عدم وجود سبب لضمان العين غير اليد و الإتلاف و أن الاشتراط ليس من أسبابه و قد عرفت فى القسم الثالث من الشرط أن اشتراط ما ليس بسبب لحكم وضعى أو تكليفى لا يكون نافذا و يكون الالتزام به لغوا.

ثم ان هذه فيما اشترط الموجر على الأجير الضمان، أى ثبوت ضمان العين على ذمه المستأجر بحيث يكون من جهه ديونه و يكون ثابتا فى التركه على تقدير عدم الإعطاء و أما لو اشترط عليه إعطاء قيمه التالف، فهو لا يكون مخالفا للكتاب و السنه و لا يكون الاشتراط سببا مستقلا للضمان، بل يكون ذلك من شرط الفعل و قد تقدم أنه نافذ، بل قد تقدم فى القسم الثالث من الشرط أن اشتراط اعتبار أمر اعتبارى فى ضمن العقد لا بأس به إذا كان فى تحت اختياره، فهو من شرط الفعل، فيكون نافذا، و مع التخلف

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۳۵

ثبت الخيار للمشروط له فيكون الاشتراط موجبا لثبوت حكم تكليفى عليه و على تقدير العصيان لا يثبت فى ماله بحيث يكون من جمله ديونه كما كان الأول كذلك، فان الثابت بمقتضى شرط الفعل هنا يكون هو الحكم التكليفى فقط و أما ثبوت الخيار فلا مجال له بعد فرض العين المستأجره تالفا، و يمكن أن يرجع الى ذلك المعاملات الرائجه بين التجار حيث يدخلون أموالهم فى البيمه بان يكون ضمانها مع التلف على الدوله فإن ذلك من جهه اشتراط كون قيمه المال على الضامن مع التلف فى ضمن عقد لازم أو يعطى مقدارا من المال للضمان بهبه و يشترط ذلك فى ضمنه كما هو واضح فبذلك تكون معامله مشروعه و لا يكون ذلك أكلا

للمال بالباطل.

قوله: و منها اشتراط أن لا يخرج بالزوجه إلى بلد آخر.

أقول: قـد اختلفوا فى صـحه هـذا الشـرط و عـدمه و ذهب المشـهور ظـاهرا الى نفوذه لعموم دليل وجوب الوفاء بالشـرط و ذهب بعضـهم الى عـدم النفوذ لأن هـذا الشـرط مخالف للكتاب، فان المكتوب للّه هو وجوب اطاعه الزوجه للزوج فالشـرط المـذكور مخالف له.

و لكن قـد عرفت أن معنى كون الشـرط مخالفـا للكتـاب هو المخالف مع قطع النظر عن الشـرط و لا شـبهه أن إخراج المرأه من بلـدها الى بلـد آخر فى نفسه من المباحات و ليس فيه مخالفه للكتاب فلا بأس باشتراط عدم خروجها فى ضـمن عقد النكاح، أو البيع، أو غير ذلك من العقود، فيكون هذا الشرط نافذا و صحيحا كما هو واضح. و هذا لا شبهه فيه.

ثم انه إذا خـالف الزوج هـذا الشـرط و طلب من الزوجه الخروج من بلـدها فهـل يجب للزوجه أطاعته أو يجوز لها أن يخالفه فى ذلـك ربمـا يقـال بالأـول لوجوب اطـاعه الزوجه لزوجهـا و الشـرط المـذكور لا يوجب جواز مخالفتها بعـد مخالفه الزوج لكونه مخالفا للكتاب و السنه الداله على وجوب

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۳۶

اطاعه الزوجه للزوج فى أى شى ء يريد منها فى غير معصيه الخالق.

و لكن هـذا الاشـكال واضـح، الـدفع بداهه أنه يجب للزوجه اطاعه زوجها فيما له حق لا فيما ليس له حق، و من الواضح أنه بعد اشتراط أن لا يخرجها الزوج من بلـدها الى بلـد آخر الّا برضايتها فى ضـمن عقد لازم من العقود ليس له حق فى هذه الجهه على الزوجه حتى يجب عليهـا أن تطيعه فى هـذه الجهه أيضـا و هـذا واضـح لاـ شـبهه فيه و تحصّـِل أن هـذا الشـرط أيضا نافـذ و غير مخالف للكتاب و

السنه.

قوله: الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد.

اشاره

أقول: ذكر المصنف فى ذيل هذا الشرط فروعا:- منها: ما ذكره بعضهم من أنه إذا باع شيئا و اشترط عدم البيع و لكن ذكر العلامه أنه صحيح و قواه بعض من تأخر عنه.

منها: ما ذكره فى سؤال فى بيع الحيوان من جواز الشركه فيه إذا قال الربح لنا و لا خسران عليك لصحيحه رفاعه فى الشركه فى الجاريه، و لكن النص مختص بالجاريه.

و منها: اشتراط عدم إخراج الزوجه من بلدها الى بلد آخر، و قد جوّزه جماعه للنص و عدم المانع و منعه آخرون.

و منها: مسأله توارث الزوجين فى عقد المنقطعه.

أقول: الظاهر بل الواقع أنه لم ينقع حقيقه الشرط المخالف للكتاب و السنه و حقيقه الشرط المخالف بمقتضى العقد فى كلمات الفقهاء و لذا ترونهم يذكرون جمله من الفروع مثالا للشرط الذى يكون مخالفا لمقتضى الكتاب، و أيضا يذكرونها بعينها مثالا لما يكون مخالفا لمقتضى العقد و لا بدّ لنا من تنقيح ذلک حتى يتضح لنا واقعهما و حقيقتهما و يعلم أن ما يكون مثالا لأحدهما هل يمكن أن يكون مثالا للآخر أيضا أولا يمكن.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۳۷

فنقول:

أن الشروط فى العقود على نحوين

اشاره

لأنها قد تكون معتبره فى العقود بحسب الارتكاز و بناء العقلاء و تسمى ذلک بالشروط فى ضمن العقد بحيث لا يحتاج الى الذكر و قد تكون معتبره فيها بالاشتراط و بدونه لا يكون جاريا فيها، بل يكون العقد مطلقا بالنسبه اليه.

اما القسم الأول [الشروط التى معتبره فى ضمن العقد]

اشاره

فهو كثير

منها ما تقدم من كون المثمن بالقيمه المساويه للقيمه السوقيه

و الّا كـان للمغبون من البـائع أو المشترى خيـار الغبن و ان لم يشترط ذلك فان بناء العقلاء بحسب ارتكازهم على ذلك فيكون هـذا الشـرط معتبرا فى المعـامله سواء صـرح به أم لاـ و من هنا قلنا سابقا أن خيار الغبن انما هو ثابت بالشـرط الضـمنى و بتخلفه يثبت الخيار للمشروط عليه كما هو واضح.

و منها: عدم كون كل من الثمن أو المثمن معيبا

فان الشـرط الضـمنى على ذلك و الارتكازى العقلائى يقتضى كونهما خاليين عن العيب و الّا ثبت الخيار لمن كان ماله معيوبا و من هنا قلنا ان خيار العيب على القاعده و و لم يحتاج الى ورود روايه فيه و ان كان ثبوت مطالبه الأرش فيه على خلاف القاعده.

و منها: انصراف الثمن الى نقد البلد و هكذا انصراف تسليم المبيع الى بلد البيع

و ان لم يصـرّحا بذلك و قد ذكرنا سابقا أن الميزان فى الشـروط الضـمنيه ما يكون معتبرا فى العقد بدون التصـريح و الانصراف المذكور كذلك و على هذا فلو قال البائع أو المشترى انى أريد أن أسلم الثمن أو المبيع فى بلد آخر كان للآخر خيار الفسخ مع أنه لم يشترط الخيار فى ضـمن العقـد و هكذا كل شـرط ضـمنى فإن الميزان هو ما ذكرناه فيكون المنشأ فى الحقيقه هو الحصـه الخـاصه من الملكيه و نحوهـا على مقتضـيات العقود المعـامليه لمـا ذكرنـا سابقا فى معنى جعل الخيار و قلنا ان معناه هو تحـديد المنشأ و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۳۸

إنشاء حصه خاصه من الملكيه مثلا، بل فى الحقيقه أن هذا القسم من الشـرط ليس بشـرط أصلا، و انما المنشأ هو المنشأ المضيّق من الأول فكان المنشئ للعقد مع وجود الشروط الضمنيه قد إنشاء حصه خاصه و طبيعه مضيقه كما هو واضح و من هنا لا نحتاج فى اعتبـار هـذه الشـروط الضـمنيه فى أى عقـد كـان الى شـمول دليل وجوب الوفاء بالشـروط عليها و انما يكفى فى صـحتها، و نفوذها نفس عموم أدله المعاملات من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و الصـلح جائز بين المسلمين و غير ذلك من الأدله حسب كل معامله دليلا خاصه و مخصوصا بمعامله خاصه كالصلح جائز بين المسلمين أو عاما كقوله: المؤمنون عند شروطهم

و السر فى ذلك هو أن المعامله المنشأ هو معامله مضيقه و العقد المتحقق عقد خاص و الدليل الدال على وجوب الوفاء بالعقد انما يدل على الوفاء بهذا العقد المضيق فيكون نفس ما يوجب التضيّق الذى نسميه شرطا ضمنيا و يترتب على مخالفته الخيار مشمولا لعموم الوفاء بالعقد، فان العقد الذى وجد فى الخارج و شمله هذا العموم و غيره هو هذا المضيق لا غير، فافهم.

نعم، انما يجرى ذلك فى العقود القابله للتضيق من حيث الزمان بحيث يكون المنشأ فيها محدودا ككون الملكيه فى البيع الخيارى ملكيه محدوده، و أما العقود التى لا- يكون قابلا- للتضيّق فلا يجرى فيها ما ذكرناه اعنى تضيق المنشأ و إنشاء الطبيعه المحدوده و المضيقه و لو بمؤنه الشروط الضمنيه المأخوذه فيها بحسب ارتكاز العقلاء و ذلك كعقد النكاح فان الشارع قد جعله دائميا أو مقيدا بأجل خاص فلا بدّ و ان ينشأ اما دواما بحيث لا يزول بالفسخ أصلا إلّا فى موارد خاصه الثابته بالنص الخاص و لا يرتفع الّا بالطلاق أو مؤجلا بأجل معلوم و أما إنشاءه محدودا بأجل غير معين كالملكيه المحدوده بالخيار فلا، بحيث يكون كل من الزوج أو الزوجه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۳۹

مخيرا فى فسخ عقد النكاح فى أى وقت أراد، فإن عقد النكاح لم يثبت فى الشريعه مقيدا بأجل غير معين، فحيث جرى فيه ما ذكرنا من اعتبار الشروط الضمنيه الموجبه لتضيّق دائره المنشأ و أن المنشأ فيها ليس إلّا حصه خاصه فلازم ذلك أن يكون الخيار محدودا بزمان غير معين أعنى فسخ من له الخيار فى أى وقت أراد و قد عرفت أنه غير مشروع و بذلك حكمنا بعدم جريان

الخيار فى النكاح فى حاشيه العروه من غير احتياج الى التمسك بالإجماع كما زعمه بعض الاعلام، فافهم.

و أما القسم الثانى من الشرط و هو ما يكون معتبرا فى العقد بالاشتراط الصريح.

و هذا قد يكون شرطا موافقا للقواعد الشرعيه كجميع الشروط السائغه كاشتراط الكتابه و الخياطه و غيرهما من شرط الفعل و النتيجه فإن ذلك صحيح و نافذ و يجب الوفاء بها بمقتضى دليل الوفاء بالشرط و يكون مع التخلف موجبا للخيار سواء كان الشرط فى أصل تعليق العقد بالالتزام بشى ء أو فى تعليق الالتزام بالعقد بشى ء و قد تقدم تفصيله.

و قد يكون الشرط مخالفا لمقتضى العقد.

و قد يكون مخالفا للكتاب و السنه و الفارق بينهما أن كل عقد له مقتضى فإذا كان الشرط ينافى ذلك المقتضى كان هذا الشرط منافيا لمقتضى العقد كما إذا باع داره من شخص و اشترط عليه أن يملكها و آجر دابته من غيره و اشترط عليه أن لا تكون منفعتها له، و هكذا فان هذا الشرط مناقض لمقتضى العقد، فان معناه البيع و لا أبيع، ثم انه هل يكون من قبيل الشرط المخالف لمقتضى العقد ما إذا اشترط فى ضمن البيع أن يكون المبيع بلا- ثمن أو ليس من ذلك، و قد توهم كونه مخالفا لمقتضى العقد إذ البيع بلا ثمن، لا يعقل، فمرجع هذا الاشتراط الى عدم البيع و هذا لا يلائم البيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۴۰

و لكنه واضح الدفع فان هذا الاشتراط قرينه على عدم اراده البيع من ذلك، بل أريد منه الهبه.

نعم، لو أريد من هذه الجمله معناها اعنى البيع حقيقه كان الشرط، مخالفا لمقتضى العقد، و لكن ليس الأمر كك، نعم هذا الشرط مناف لمقتضى لفظ البيع و هذا لا محذور فيه مع القرينه، فإن المجازات

كلها كذلك، إذ القرينه فيها منافيه لمقتضى اللفظ، كما هو واضح.

و بالجمله هذا المثال خارج عن كون الشرط مخالفا لمقتضى العقد، بل القرينه دلت (و هو الاشتراط) على أن المراد من البيع ليس معناه الحقيقى و انما المراد منه الهبه، نعم يتوقف صحه ذلك على ما تقدم فى ألفاظ العقود من أن اللفظ المجاز هل يجوز أن يقع به الإنشاء أم لا، فان قلنا بالصحه كما ذهب اليه بعضهم، بل ذهبوا الى صحته بالغلط أيضا كان إنشاء الهبه بلفظ البيع مع القرينه المذكوره صحيحا و الا فلا.

و قد يكون الشرط المذكور مخالفا للكتاب و السنه و المراد من ذلك أن يكون هنا حكم شرعى قد جعله الشارع فيكون الاشتراط مخالفا له بحيث لو لم يكن هنا ذلك الحكم لا يكون الشرط مخالفا لشى ء أصلا، بل كان واجب الوفاء و ذلك كبيع شى ء و اشتراط أن لا يبيعه من شخص فان هذا مع قطع النظر عن حكم الشارع بجواز بيعه لغيره لا ينافى شى ء أصلا، و انما التنافى من جهه جعل الشارع ذلك الحكم على خلاف الشرط افرض أنه لو كان هنا حكم وجوب يتعلق ببيع ما يشتريه المشترى من غيره و مع ذلك يشترط البائع على المشترى أن لا يبيعه من غيره كان هذا الشرط منافيا لحكم الشارع و هكذا فى جميع موارد مخالفه الشرط للكتاب، فالميزان فيه أن الشرط مع قطع النظر عن حكم الشارع لا ينافى بشى ء، و انما يطرء على العقد عنوان التنافى إذا جعل الشارع هنا حكما و يكون الشرط على خلافه من دون أن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۴۱

يكون منافيا لمقتضى العقد أصلا فالشرط المنافى لمقتضى العقد منافيه

و نـاقضه دائما سواء كان هنا حكم شـرعى أم لم يكن بخلاف الشـرط المخالف للكتاب فتحصل أن الشـرط المخالف لمقتضـى العقد لا يجتمع مع ما يكون مخالفا لمقتضى الكتاب أصلا، فالاشتباه من جهه عدم التنقيح كما هو واضح.

و ملخص الكلام فى المقـام أنه ذكروا من جمله الشـروط لصـحه الشـرط أن لا يكون مخالفا للكتاب و من جملتها أن لا يكون مخالفا لمقتضـى العقـد و مثلوا لكل منهما أمثله و لم يميّز ما بينهما، بل ربما ذكروا فرعا واحدا مثالا للشـرط الأول و أيضا ذكروا مثالا للشرط الأخر أيضا، حتى أن المحقق الثانى مع مهارته فى الفقه (بحيث ذكر المصنف فى حقه تاره و بمثل هذا سمى محققا ثانيـا و أخرى ذكر أنه بهـذا قـد ثنى المحقق) تكلم فى الشـرطين و لم يـأتى بشـى ء ثم ذكر أنه لا بـدّ من الرجوع فى ذلك الى الفقيه و أنه يتبع رأيه فى ذلك مع أنه لا شأن لرأى الفقيه فى كون شرط مخالفا للكتاب أو لمقتضى العقد، و أن أى من الشروط مخـالف للكتـاب أو أى منهمـا يخـالف مقتضـى العقـد و انمـا يرجع الى الفقيه فى ما يرجع الى الاحكام من حيث الاسـتفاده من الأدله.

و الذى يقتضـيه التحقيق فى تمييز كل من الشـرطين عن الآخر ما أشـرنا إليه أنفا و حاصله أن ما يقتضيه العقد سواء كان الاقتضاء بلا واسـطه أو مع الواسـطه، الأول أن يقتضـيه بلا واسـطه شـى ء فى البين أصلا كاقتضاء البيع ملكيه العين و اقتضاء الإجاره ملكيه المنفعه و اقتضاء النكاح الزوجيه و هكذا فالعقد بما هو عقد يقتضـى الأمور المذكوره من غير أن يحتاج ذلك الى إمضاء الشـرع و اعتباره أو إمضاء العقلاء و

اعتبارهم.

و بعباره أخرى أن لكل عقد له مقتضى فى نفسه مع قطع النظر عن إمضاء الشارع و العقلاء و اعتبارهم حتى لو فرضنا لم يكن فى العالم شرع و شريعه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۴۲

و لا العقلاء، و تحقق عقد بين شخصين كان لهما مقتضى (بالفتح).

الأمر الثانى: أن العقد لا يكون مقتضيا لشى ء و لكن يكون موضوعا لحكم من الأحكام الشرعيه كجواز النظر إلى المرأه و جواز بيع المبيع بعد شرائه و جواز التصرف فى العين المستأجره و هكذا فإن الأمور المذكوره ليست من مقتضيات العقد ابتداء و لكن من مقتضياته ثانيا، أى هو موضوع لها فى نظر الشارع و كل شى ء يترتب على العقد أولا و بالذات ثانيا، و بالعرض لا يخلوا عن هذين الأمرين.

و أما الأفعال الخارجيه فهى بأجمعها خارجه عن مقتضى العقد لا بالمعنى الأول و لا بالمعنى الثانى، فإن وقوع شى ء فى الخارج و عدم وقوعه فيه مسبب عن سبب تكوينى غير مربوط بالعقد فلا يكون العقد مقتضيا له لا ابتداء و لا بالواسطه، نعم يكون الفعل الخارجى موضوعا لحكم شرعى يكون ذلك الحكم الشرعى من مقتضيات العقد بالمعنى الثانى، كأكل مبيع و شربه و نحو ذلك فإن أمثال هذه الافعال ليست من مقتضيات العقد بكلا المعنيين، و لكن موضوعه لحكم الشارع و هو جواز الأكل مثلا و ذلك الحكم من مقتضيات العقد بالمعنى الثانى فإن جواز الأكل مترتب على شراء ما يؤكل و الّا كان حرام الأكل لكونه مال الغير هذا كله، ما يرجع الى مقتضى العقد.

و أما الشرط فقد يطلق على الشروط الضمنيه، فالشرط الضمنى يرجع غالبا اما الى تضييق المنشأ كالملكيه و نحوها على اختلاف المنشئات

فی العقود و ذلک کخیار الغبن و نحوه ممّا ثبت بالشرط الضمنی لأنا قد ذکرنا فی السابق أن مرجع جعل الخیار هنا الی تضییق دائره المنشأ و هو الملکیه و قد یرجع الی تضییق دائره الثمن کانصرافه الی نقد البلد و المصداق الأوضح لذلک ما وقع البیع علی شی ء بخمسه دنانیر، فإنه یحمل فی العراق علی الدینار العراقیه و لیس للمشتری أن یدعی بعد المعامله أن المراد

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۳۴۳

من الدنانیر هو الدینار الایرانی فیکون خمس ألف دینارا منطبقا علی تومان واحد، و هکذا یحمل الثمن علی ثمن البلد، فلا بدّ من إعطائه فی بلد المعامله و لیس للمشتری أن یدعی إعطائه فی بلد آخر، ففی الحقیقه أن هذا الشرط الضمنی یضیق دائره الثمن بحیث لا یکون الثمن غیره حتی لو أعطی المشتری الثمن فی غیر هذا البلد و رضی به البائع لا یکون هذا هو الثمن الذی وقع علیه العقد، بل یکون بدلا منه و یصیر معامله أخری بین الثمن و بین نقد آخر، و هکذا الحال فی المثمن فإذا باع حنطه فی بلد فالشرط الضمنی یوجب حمله علی حنطه هذا البلد أو اشتری حنطه من شخص فی مزرعته فمقتضی الشرط الضمنی تحمل علی حنطه تلک المزرعه و یکون المبیع مقیدا بذلک و مضیقا به بمعنی أن المبیع یکون هو الحصه الخاصه دون غیرها و لو اعطی البائع من غیر ذلک لا یکون ذلک المبیع الذی وقع علیه العقد إذا رضا المشتری به.

نعم، یکون معامله أخری بین المثمن و بین حنطه أخری کما هو واضح و لیس لأحد أن یقول أن المبیع أو الثمن هنا الکلی فلا یکون المعطی من

غير نقد البلد أو حنطه البلد إعطاء من غير الثمن و محتاجا إلى مراضاه جديده لما عرفت من تضـييق دائرتهما بالشـرط الضمنى و انما قلنا ان الشـرط الضمنى يرجع غالبا الى تضيق دائره أحد الأمور الثلاثه من جهه أنه قد لا يكون الشرط الضمنى موجبا لتضييق دائره شـى ء من تلك الأمور ابتداء كأصل تسـليم الثمن أو المثمن فان الشرط الضمنى بالنسبه إلى تسليم الثمن أو المثمن موجود و لكن لا يكون موجبا لتضييق دائره المنشأ أو الثمن أو المثمن ابتداء، بل يوجب الخيار مع التخلف.

ثم ان الشرط الضمنى و ان كان يوجب تضييق دائره بالنسبه إلى الجهات المذكوره و لكن مع التخلف يثبت الخيار فلا يبطل البيع لانه وقع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۴۴

على الكلى و ان كـان كليـا مضـيقا و لم يقع على الشـخص الخـاص و ممـا ذكرناه ظهر ان الشـرط الضـمنى لا يوجب الّا تضـييق الدائره و جعل المنشأ أو الثمن أو المبيع حصه خاصه و هو فى الحقيقه ليس بشـرط فكأن البائع من الأول باع حنطه مزرعه خاصه و وقع البيع على نقد هذا البلد بالصراحه.

فهل يتوهم أحد أن الثمن أو المبيع مطلق و غير مضيق و على هذا فلا يحتاج اعتبار هذا القسم من الشرط الى شمول دليل وجوب الوفاء بالشـرط عليه، بل يكفى فى مشروعيه نفس الأدله الداله على صحه العقد، فان العقد قد وقع على شى ء خاص و المنشأ انما هو شى ء خاص.

فهـل يتوهم أحـد أنه إذا وقع العقـد على مبيع خـاص يحتاج كونه خاصا الى دليل الشـرط، بل المعامله الواقعه فى الخارج معامله خاصه فتكون بخصوصيتها مشموله لعموم ما دل على صحه العقد كما هو واضح.

ثم

انـا و ان ذكرنـا أن معنى جعـل الخيـار يرجع الى تحديـد المنشـأ حتى الخيارات المجعوله الّا أنه لا ينافى بما ذكرناه هنا من كون الشـروط الضـمنيه راجعه إلى تضييق الدائره و أنها ليست بشروط فى الحقيقه و لا يحتاج اعتبارها إلى أدله الوفاء بالشرط و الوجه فى عدم التنافى هو ما أشـرنا إليه قبيل هذا من أن الشـروط المجعوله بحسب جعل المتعاقدين انما هو يوجب إلزام المشروط عليه على الفعل المشـروط و فى هـذه المرتبه يحتاج إثبات مشـروعيه هـذا الإلزام إلى شـمول أدله وجوب الوفاء بالشـرط عليه، ثم مع تخلف المشـروط عليه على شـرطه يثبت للشـارط خيـار التخلف شـرط و هـذا الخيـار الثابت بالتخلف و انما يوجب هـذا الشـرط تضـييق دائره المنشأ فى مرحله تخلف الشـرط لا ابتداء، و الّا فما هو ثابت ابتداء اعنى إلزام المشروط عليه يحتاج الى دليل الشرط فالشروط الضمنيه ابتداء يوجب تضييق الدائره بلا احتياج الى دليل الشرط و الخيارات المجعوله توجب تضييق دائره

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۴۵

المنشإ بعد تخلّف الشرط بلا احتياج الى دليل الشرط فان الاحتياج إليه فى منشأ الخيار و هو الإلزام و أما ثبوت الخيار مع التخلف لا يحتاج الى دليل أصلا، فافهم.

القسم الثانى من الشروط أن يكون شرط فعل بأن يشترط أحد المتبايعين على الآخر أن يبيعه من زيد أو يشترط ترك فعل بأن لا يبيعه من شخص و من قبيل شرط الفعل أيضا إذا اشترط اعتبار ملكيه مال مخصوص للبائع و قد تقدم هذا فى اشتراط الاعتبار.

و قد ذكر العلامه أنه لو باع العبد و اشترط على المشترى عتقه صح ذلك لبناء العتق على التغليب فكأنه لم يجوّز هذا الشرط أى

شرط الفعـل و بنى فى عتقه على الغلبه مع أن كون بناء العتق على الغلبه لا يجوز غير المشـروع، فهل يتوهـم أحـد صـحه عتق عبد الغير لبناء الشارع على الحريه الى غير ذلک من الأمثله ففى هنا لا يكون هـذا الشـرط بنفسه مخالفا لمقتضـى العقد و لا الكتاب و السـنه من حيث نفسه لما عرفت سابقا أن الفعل الخارجى من حيث الوقوع و عـدمه غريب من مقتضـى العقد بالكليه فلا يقتضـى العقد وقوع فعل فى الخارج و لا عدمه و کک لا يكون مخالفا للكتاب و السـنه لعدم كون الفعل الخارجى من حيث نفسه حكما شرعيـا لاـ وجودا و لا عـدما، نعم هو موضوع للحكم الشـرعى فلا بـدّ من ملاحظه الشـرط بالنسـبه الى هـذا الحكم المترتب على الفعـل فـان كـان مخالفـا له كـان باطلاـ و الّا صـح، كما إذا باع حنطه و اشترط على المشترى شـرب الخمر أو فعل حرام آخر أو اشـترط عليـه ترک واجـب من الواجبـات و أمـا إذا كـان الشـرط امرا اعتباريـا فقـد تقـدم الكلاـم فيه من أنه ان اختيـار سـببه بيد المتعاقدين كالملكيه فى البيع و نحوه يصح و الّا كان أمرا غير اختيار بان يكون فعلا للأجنبى أو كان سـببه سـببا خاصا فلا يكون ذلک الشرط و عليه فان كان البيع معلقا على الالتزام به بطل لعدم إمكان الالتزام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۴۶

لغير المقدور و للتعليق و ان كان اللزوم معلقا عليه ثبت للشارط الخيار، أى خيار التخلف الشرط.

و إذا لم يكن شـرط الفعل مخالفا للكتاب و السـنه بالمعنى المذكور، صح من هذه الجهه و من جهه عدم مخالفته لمقتضى العقد و ان كان له مانع آخر

كما إذا باع شيئا بشرط أن لا يبيعه إلا إياه فذكر العلامه فى التذكره أنه مستلزم للدور سيأتى الكلام فيه.

و من قبيل شرط الفعل أيضا ما إذا باع شيئا و اشترط أن يبيعه من شخص خاص أو شرط عدمه كأن لا يبيع من أحد فإنه ليس مخالفا لمقتضى العقد و لا أنه مخالف للكتاب و السنه، بل هو شرط سائغ فإذا تعلق به غرض الشارط فلا بأس به و قد ورد فى بعض روايات بيع العبد انه لو باع و اشترط عدم البيع من أحد أو عدم الهبه صح و ان اشترط الإرث فلا يصح فمع قطع النظر عن القاعده فالروايه أيضا يقتضى صحه الشرط و العجب أنهم ذكروا ان اشتراط عدم بيعه من زيد صح و إذا اشترط عدم بيعه من أحد فلا يصح و لا ندرى أنه أى فرق بين الشرطين.

و العجب من العلامه فإنه (ره) ذكر أن اشتراط عدم البيع منافى لمقتضى ملكيه فيخالف قوله (ص) الناس مسلطون على أموالهم.

و وجه العجب أن دليل السلطنه لم يثبت حكما إلزاميّا من الوجوب أو الترك حتى يلزم من الاشتراط ترك الواجب أو فعل الحرام فيكون مخالفا للكتاب و السنه، بل هو يثبت أمرا مباح و هو كون الإنسان مرخصا فى بيع ماله و تركه و له الاختيار فى ذلك و قد تقدم أن الشرط فى مورد الأمر المباح بالمعنى الشامل للمكروه و المستحب أيضا لا ينافى الكتاب و السنه بوجه و من هذا القبيل أن يبيع دارا مثلا و يشترط على المشترى أن يجعلها وقفا فإنه لا ينافى بالكتاب بوجه فإنه فعل مباح سائغ كما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۴۷

القسم الثالث

من الشرط أن يشترط أحدهما على الأخر أمرا وضعيا كما إذا باع متاعه من زيد و الشرط عليه أن يكون زوجته مطلقه أو يكون بنته زوجه له و هكذا فان كان ذلك الشرط أمرا منافيا و مناقضا لمقتضى الشرط، فلا يجوز لكونه مناقضه كما إذا باع داره من عمرو و اشترط عليه أن لا تكون الدار ملكا له أو آجر دابته منه و اشترط أن تكون المنفعه مملوكه له أو عقد عقد نكاح و اشترط فى ضمن العقد أن لا تكون زوجه له و هكذا فان ذلك كله مناقضه لمقتضى العقد فلا ينفذ و ان لم يكن الوضع المذكور مناقضا لمقتضى العقد و لكن ذلك مخالف لحكم الشارع لأنه اعتبر فى حصوله سببا خاصا فلا يكون الاشتراط من جهه أسبابه و قد عرفت ذلك سابقا و ذلك كاشتراط زوجيه امرأه فى عقد البيع مثلا أو طلاقها فيه، و هكذا لو اشترط أمرا وضعيا يكون نفس ذلك الأمر الوضعى مخالفا لحكم الشارع كاشتراط أن يكون خمر المشترى ملكا للبائع و هذا أيضا مخالف لحكم الشارع فلا يكون نافذ.

ثم انه من قبيل الشرط المخالف للكتاب أن يشترط أحد الشريكين على الأخر من المبيع الذى يشتريان مشاعا أن يكون النفع له و الخسران على الآخر و هذا أيضا مخالف للكتاب فان مقتضى الحكم الشرعى أن ضرر كل مال على مالكه و لم يثبت فيه جواز ان يلتزم أحدهما على الآخر ضمانه كما تقدم نظيره فى تعهد ضمان تلف مال شخص آخر فإنه لم يثبت هذا النحو من الضمان فى الشريعه الّا أن يشترط على الأخر لزوم إعطاء قيمته من ماله فهو شرط الفعل فلا بأس به، و أما

الروايه الـداله على جواز شـراء الجاريه و اشتراط هـذا الشـرط فى ذلك، فإن أمكن حملها على شـرط إعطاء قيمتها مع الخسـران فهو، و الّا فلا بدّ من الاقتصار بها فى موردها فلا يمكن التعدى عنها الى غيرها لكونها مخالفه للقاعده كما لا يخفى.

و قد ظهر مما ذكرناه من معنى المقتضى للعقد و من معنى الشرط أنه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۴۸

لاـ يبقى مورد للشـك حتى يحتـاج الى التمسـك بالأـصول، بـل قـد اتضـح أنه كلمـا يكون شـرطا فحكمه معلوم امـا بالأماره أو بالأـصول، و لكن العجب من هؤلاء المحققين لم يأتوا شـيئا يكون ميزا بين كون الشـرط مخالفا لمقتضـى العقـد أو للكتاب حتى المحقق الثانى مع مهارته فى الفقه.

قوله السادس: أن لا يكون الشرط مجهولا.

أقول: ذكر الفقهاء أن من جمله شـروط صحه الشرط فى ضمن العقد أن لا يكون الشرط مجهولا فلو اشترط أحد المتبايعين على الآخر شرطا مجهولا بطل العقد للغرر.

أقول: توضـيح الكلام فى المقام أن الشـرط المأخوذ فى العقـد قـد يكون شـرطا ضـمنيا و معتبرا بحسب الارتكاز العقلائى الـذى مرجعه الى كون المنشأ أو الثمن أو المثمن مقيـدا و حصه خاصه على ما تقـدم فإنه حينئـذ لا تكون الجهاله فى الشـرط إلّا جهاله فى الـبيع فيكـون فى الحقيقه الثمن مجهولاـ أو المثمن كـك فيرجع هـذا إلى جهـاله العوضـين، و قـد اعتبرنـا عـدمها فى شـرائط العوضـين، فلاـ يحتـاج اعتبارها فى المقام أيضا، إذ قـد تقـدم أنه ليس فى أمثال المقام اشتراط غالبا، بل الثمن أو المثمن مقيـد و مضـيق بالحصه الخاصه كما إذا قيّـد البائع أو المشترى العوضـين من الأول بحصه خاصه ككون المبيع عبدا كاتبا أو كون الحنطه من مزرعه فلا نيه فهل يتوهم أن هذا القيد

اعتبر فى المبيع بعنوان الاشتراط بحيث يحتاج نفوذه الى دليل الوجوب الوفاء بالشرط و ليس كك، بل انما وقع البيع على شى ء خاص و على كل مقيد على حصّه مخصوصه كما هو واضح.

و على الجمله جهاله مثل هذه الشروط عين جهاله العوضين كما إذا باع منا من حنطه مزرعه مجهوله أو على ثمن مجهول فلا شبهه فى خروج هذا القسم عن محط الكلام، و الظاهر أنه لا يتوهّم أحد كونه داخلا فى المقام و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۴۹

انما نذكره توضيه للأقسام، فافهم.

الثانى: أن يكون الخيار المعتبر فى العقد بحسب اشتراط المتعاقدين مجهولا كأن يبيع أحمد عبدا معلوما من زيد و اشترط زيد على أحمد أن يكون العبد كاتبا مع أنه لا يعلم كونه كاتبا أو غير كاتب، ففى هذه الصوره و ان كان الخيار مجهولا و لكن هذه الجهاله فى الخيار لا يوجب غرريه العقد، لكى يحكم ببطلانه فان الغرر على ما تقدم فى محله هو الخطر، و من الواضح أنه أى خطر يتوجه على المشترى من تلك الجهاله إذ لو كان العبد كاتبا فى الواقع و تسلمه على هذا الشرط يحكم بلزوم البيع و الّا يكون له الخيار له أن يفسخ العقد و له أن يبقيه على حاله و يرضى بالعبد غير الكاتب، نعم لو الزم على قبول العبد بدون الكتابه و لم يكن له الخيار فى ذلك كان له ضرر مالى و يكون البيع غرريا و خطريا و قد عرفت أن الأمر ليس كك.

الثالث: أن يشترط أحدهما على الآخر شرطا فى العقد و يكون ذلك الشرط مجهولا كما إذا باع حنطه من شخص و اشترط على المشترى كونها من مزرعه

يعلمها البائع مثلا- فهذه الجهاله تسرى إلى الجهاله فى نفس المبيع فيكون مجهولا فى نفسه فيكون البيع باطلا من جهه جهاله نفس المبيع لا من جهه جهاله الشرط.

الرابع: أن يشترطا فى ضمن العقد الفعل بان يشترط البائع على المشترى، أو العكس، أن يخيط له ثوبا و لم يذكر أن الثوب أى شى ء، فإنه لا شبهه فى كون البيع غرريا ح لأنه قد يكون ما قصده الشارط قميصا فتكون أجرته خمسين فلسا و قد يكون جبه فتكون أجرته دينارا فح يكون البيع غرريا لأنه لا- يعلم المشروط عليه أن المال الذى وصل إليه فى مقابل المبيع أو العوض يساوى بما إعطاء من بدله مع وجود هذا الشرط أولا فإن الشرط و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۵۰

ان لم يكن فى مقابله شى ء و لكن لا- شبهه فى كونه دخيلا فى زياده الثمن أو المثمن فان ما يعطى من الثمن بدون الشرط لا يعطى معه فتكون هذه المعامله خطريه و غرريه.

الخامس: أن يشترطا شرط النتيجه بأن يشترط أحدهما على الأخر فى البيع كون ما بيده من الأموال له و لم يعلم أنها أى مقدار، فإنها أيضا يوجب غرريه المعامله فتبطل لذلك و كيف مع السير و التقسيم لا نجد موردا باطلا لوجود الغرر فى نفس البيع و لا يفرق فى ذلك بين أن يكون الدليل على بطلان البيع هو النهى عن بيع الغررى و بين أن يكون النهى عن مطلق الغرر، كما هو واضح.

قوله: الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال.

أقول: ذكر العلامه رحمه اللّه أنه لو شرط فى البيع أن يبيعه من البائع لزم الدور و أما لو شرط على أن يبيعه من غيره فلا- يلزم الدور لجواز أن يكون جاريا

على حد التوكيل أو عقد الفضولى بخلاف ما لو شرط البيع على البائع.

أقول: الذى ذكره العلامه لا بأس به من حيث الكبرى و لكن لم نجد له صغرى فى المقام و بيان ذلك أنه ان أراد من كلامه هذا الشرط الفلسفى فهو صحيح من حيث الكبرى، حيث انه لو كان ما هو من قيود المعلول و شروطه شرطا للعله و نفس المعلول شرطا فيها لزم الدور لتوقف المعلول على علته و توقف العله على المعلول باعتبار الشروط المعتبره فيه، و لكن الأمر ليس كك هنا فان الشرط ليس من قيود عله الملكيه و سببه، بل سبب الملكيه فى البيع مثلا هو العقد و الشرط، انما هو شرط اللزوم كما هو واضح و ان كان مراد العلامه هذا المعنى فهو لا يرتب بالمقام و ان كان شيئا آخر فلا ندرى ما أراد على أنه أى فرق بين اشتراط بيعه من البائع و من غيره فان الاشتراط لو كان موجبا للدور يوجب فى كلا الموردين، و الّا فلا و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۵۱

و ما ذكره من الفارق غير تام.

نعم، ذكر صاحب الحدائق هذا الشرط و استدل عليه بروايتين فسيأتى الكلام فى ذلك فى النقد و النسيه، بل صرح فى التذكره بجواز اشتراط أن يقف المشترى المتاع على البائع و على عقبه فأى فرق بين هذا و سابقه أى اشتراط بيعه على البائع بل هذا مثل النذر و العهد كقولك للّه علىّ كذا، ان كان كذا، و الانصاف أن هذا الاشتراط لا بأس به فلا يكون موجبا للمحال فتحصل أنه لم نجد صغرى لما ذكره العلامه و ان كانت الكبرى صحيحه كما هو واضح، نعم،

لو كـان الشـرط راجعـا الى كون المبيع للبـائع بهـذا البيع بحيث يكون الإيجـاب قبولا لبيع المشترى المبيع المأخوذ من البائع له و يكون قبول المشترى بيع البائع إيجابا للبيع الثانى لزم ما ذكر و مع شـرط النتيجه ان كان قصدهما كون المبيع له فعلا يكون بيع ما ليس عنـده و ان كان المراد كون المبيع له بعـدا لزم التعليق فهو باطل بالإجماع، و لكنه أجنبى عن صوره الاشتراط المذكور كما عرفت فـان الشـرط المـذكور لا بأس به أصـلا، و دعوى الإجماع على هـذا الاشتراط باطل جـدا فان هـذا من العلامه و من بعـده فكيف يمكن دعوى الإجماع فيه.

قوله: الشرط الثامن أن يلتزم به فى متن العقد.

أقول: ذكر الفقهاء رضوان اللّه عليهم أن من جمله الشـروط لصـحه الشـرط فى ضـمن العقد أن يكون الشـرط مذكورا فى ضمن العقد و الّا فلا يكون واجب الوفاء.

و تحقيق ذلك أن الشـروط التى لا يذكر فى العقد قد تكون من الشـروط الضـمنيه كانصـراف العقد الى كون النقد بلديّا و كون التسليم فى بلد البيع و هكذا و قد تقدم الكلام فيها و قلنا أن معنى الشرط الضمنى هو أن لا يكون اعتباره محتاجا الى الذكر، بل يكون معتبرا فى العقد سواء ذكر أم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۵۲

لم يـذكر كما هو واضـح، و هـذا القسم من الشـروط خارج عن محلّ الكلام جزما فإنها و ان لم تـذكر فى ضـمن العقـد و لكنها معتبره فيهـا ببنـاء العقلاـء عليها، و يجب الوفاء بها بنفس الأدله الـداله على وجوب الوفاء بالعقـد كما تقـدم فى الشـرط المخالف لمقتضى العقد بلا احتياج إلى أدله وجوب الوفاء بالشرط كما هو واضح.

و قد يكون الشرط مذكورا قبل العقد تصريحا و تفصيلا، و

لكن لا يـذكر فى العقـد الّا بنحو الإشاره كقول البائع بعتك المتاع الفلانى بـدينار على ما علم فيقول المشترى قبلت هكذا فإنه لا شبهه فى ارتباط العقد بالمشروط الذى شرطوه قبل العقد كما هو واضح.

و قد يكون الشـرط مذكورا قبل العقد، و لكن يكون مغفولا عنه عند العقد فلا يذكر فى ضـمنه نسـيانا و غفله و هذا أيضا خارج عن محل الكلام جزما لكونه غير مربوطا بالعقد.

و قـد يـذكر الشـرط قبل العقـد و لم يذكر فى ضـمنه و لكن يقع العقد بانيا عليه بحيث يقصد المتبايعان كون العقد مقيدا بذلك الشـرط، فهل يجب الوفاء بهـذا الشـرط أو لا فهـذا هو محل الكلام فى المقام و هل هـذا الشـرط صـحيح أو فاسد؟ و على تقدير فساده هل هو مفسد للعقد أو لا؟

أما الكلام فى الجهه الثانيه فسيأتى إنشاء اللّه.

و انمـا الكلاـم فعلا فى الجهه الأولى فـذكر المصـنف أن العقـد إذا وقع تواطئهما على الشـرط كان قيـدا معنويا له، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون الّا مع العمل بذلك الشـروط و يكون العقد بدونه تجاره لا عن تراض، إذ التراضـى وقع مقيدا بالشرط فإنهم قد صرحوا بان الشـرط كالجزء من أحد العوضـين، فلا فرق بين أن يقول بعتك العبد بعشـره و شرطت لك ماله و بين التوائهما على هذا الشرط مع ذكره قبل العقد.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۵۳

أقول: يرد عليه أولا أنه لا يصـح ما ذكره المصـنف فى المقيس حيث انا ذكرنا مرارا أن الشـرط لا يقابل بالمال و الّا لكان اللازم وجوب رد جزء من الثمن أو المثمن مع مخـالفه الشـرط، بل مرجع الشـرط فى العقـد ليس الّا تعليق نفس العقـد عليه، مع حصول المعلق

عليه، و يترتب على عدم العمل بمقتضى الالتزام الخيار أو تعليق نفس الالتزام على الشرط، فيترتب على مخالفته الخيار، و أما كون الشرط مقابلا بجزء من الثمن أو المثمن فلا، و على تقدير كون الشرط كالجزء من مقابله بجزء من الثمن و لكن لا نسلم بطلان ذلك فى المقيس عليه، بل نقول بكفايه البناء و القصد يكون الجزء الخاص داخلا فى المبيع و لا يلزم التصريح به كما هو واضح، فإنه يكفى إيقاع العقد بانيا على الثمن و المثمن الذين سبق ذكرهما و لا يحتاج اعتبارها فى البيع إلى الإبراز أيضا، كما يحتاج أصل البيع إلى الإبراز، فافهم هذا ما يرجع الى ما ذكره المصنف الراجع إلى صحه الشرط الذى وقع العقد مبنيا عليه.

ثم انه ذكر للقول بالبطلان وجهان: الأول: الإجماع على بطلانه لكونه بمنزله الشرط الابتدائى و فيه أنا لا نسلّم تحقق الإجماع التعبدى على ذلك الّا من جهه أن الشرط كنفس العقد يحتاج إلى الإبراز و عليه فيرجع هذا الوجه الى ما ذكره شيخنا الأستاذ من الوجه الثانى الاتى.

الوجه الثانى: ما ذكره شيخنا الأستاذ من أن الشرط كسائر أركان البيع من الثمن و المثمن محتاج إلى الإبراز و الإظهار فكما أن إيقاع البيع مبنيّا على كون الشىء الفلانى ثمنا أو مثمنا لا يكفى فى صحه العقد و كذلك إيقاعه مبنيا على الشرط الذى سبق ذكره أيضا، لا يكفى، بل يحتاج صحه ذلك الشرط، و كونه لازم الوفاء الى ذكره فى متن العقد و بدونه لا يجب الوفاء به أصلا، و لا يقاس ذلك بالشروط الضمنيه حيث ان الشروط الضمنيه بسبب تعهدها عند العرف يصير من المدلولات العرفيه للفظ قصدها

المتعاقدان أو لم يقصدا و هذا بخلاف ما تباينا عليه فإنه لا يكاد يصير مدلولا للفظ ابدا بداهه أن تبانى المتكلم و المخاطب على معنى لا يكاد يوجب الدلاله و صيروره اللفظ دالا عليه بنحو من الدلاله كما هو واضح.

و على الجمله البناء على الشرط فى إنشاء العقد لا يكفى فى إنشائه، بل لا بدّ من تعليق الإنشاء بنفس الشرط، بحيث ينشأ الشرط مستقلا كما ينشأ العقد كما هو واضح.

أقول: قد تقدم أن الشرط فى العقود بمعنى الربط و الإناطه، فهو يرجع الى أمرين: أحدهما: تعليق نفس العقد به و هذا فيما إذا كان الشرط هو التزام المشروط عليه فإنه يرتبط العقد به و لا يضر التعليق هنا لحصول المعلق عليه و هو الالتزام، و ح إذا لم يعمل المشروط عليه بشرطه يكون للشارط الخيار، و لا شبهه أن اشتراط أن يكون هذا النحو من الإناطه محتاجا إلى الإبراز فاسد، و لا دليل عليه و لا ـ وجه لقياسه بنفس العقد، من جهه انه محتاج إلى الإظهار و الإبراز فبدونه لا يحصل العقد فى الخارج كما لا يحصل بالقصد السابق، فإنه ليس اسما للاعتبار المحض بل للاعتبار المبرز كما تقدم مرارا و حققناه فى علم الأصول، و هذا بخلاف الشرط، فإنه اسم للإناطه كما عرفت، و هو يتحقق و ان لم يبرز فى الخارج بل يكفى فيه العلم بتحققه كما فى صوره إيقاع العقد بانيا عليه، كما ان الأمر كك فى نفس الثمن و المثمن أيضا فإنه لا يحتاج اعتباره فى البيع إلى إبراز أصلا، و ان كان البيع عباره عن مبادله مال بمال، فإنه يكفى فى اعتبار ذلک مجرّد علم المتبايعين بالثمن و

المثمن مع إنشاء أصل البيع بمثل بعت و نحوه فقط خاليا عن ذكر الثمن و المثمن لعدم الدليل على اعتبار الإبراز فيهما أيضا.

الثاني: من معنى الشرط فى العقود أن يكون الالتزام معلقا عليه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۵۵

بحيث ان العقد انما وقع مطلقا و لكن كونه لازما مشروط بشرط فبدونه يثبت الخيار للمشروط له و هذا كما فى اشتراط الأوصاف الخارجيه و نحوها و قد ذكرنا فى محله سابقا أنه لا معنى للالتزام بالأوصاف الا تعليق البيع بها أى يبيع على تقدير وجود الصفه الخاصه للمبيع و لا شبهه فى بطلانه فيكون خارجا عن صوره الاشتراط لكون المتفاهم من الاشتراط هو القسم الصحيح أو يكون المراد منه جعل الخيار على تقدير التخلف، و هذا لا شبهه فى صحته، فيكون المراد من الاشتراط هو هذه الصوره و لا ريب أن هذه الصوره أيضا لا يحتاج الى الذكر، فإن الإناطه التى هى معنى الشرط تحصل بغير الذكر من القصد و البناء و إيقاع العقد على هذا البناء كما لا يخفى.

و إذا فلا محذور فى التمسك لإثبات صحه البيع الذى وقع بانيا على القصد السابق بأحل اللّه البيع و نحوه و مشروعيه الشرط و صحته بعموم المؤمنون عند شروطهم، كما لا يخفى، فافهم.

نعم بناء على مسلم شيخنا الأستاذ فى الشرط من أنه التزام آخر فى ضمن التزام يحتاج إلى إنشاء آخر، أى كما يحتاج العقد إلى إنشاء و ككك الشرط فيحتاج إلى إنشاء آخر.

و أما بناء على ما ذكرناه من كون الشرط عباره عن الربط فقط فيكفى فى ربط العقد به، ح بناء العقد عليه مع العلم المتبايعين على بناء العقد على هذا القصد و البناء،

لاـ نقول بـان الشـرط يحتاج إلى الإبراز و العلم به، بل يكفى فيه مجرّد الـذكر السابق، بل نقول أنه يكفى فى إبراز الشـرط وجود القرينه على اناطه العقـد المنشأ به و ان لم يبرز بمرز، و هـذا بخلاف العقد فإنه ما لم يبرز لا يصدق عليه البيع مثلا كما أن الإبراز المجرّد عن القصد لا يصدق عليه البيع أصلا و قد تقدم ذلك فى أول البيع.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۵۶

نعم إذا ذكر الشـرط سابقا و لكن نسـيا ذلك عنـد العقـد و لم يقصـدوا وقوع العقـد على الشـرط المـذكور سابقا لا يكون العقد مربوطا به كما هو واضح، و لكن الأمر ليس كك فى إيقاع العقد بانيا على الشرط السابق الذكر كما هو واضح.

قوله: و قد يتوهّم هنا شرط تاسع.

أقول: ذكر بعضهم الظاهر هو المحقق الثانى قدس سرّه أن من جمله الشروط لصحه الشروط المعتبره فى العقد هو تنجيز الشرط و ذكروا فى سنده أمران:

الأول: أن التعليق فى الشرط يسرى الى تعليق العقد فان مرجع قولنا بعتك بشرط أن تخيط ثوبى، ان جاء زيد الى أن البيع انما هو على تقـدير مجى ء زيـد و على تقدير عدمه لا يبيعه و من الواضح أن التعليق فى العقد موجب للبطلان لتسالم الفقهاء عليه الّا فى موارد خاصه.

الوجه الثانى: أن الشـرط لو لم يكن مطلقا و منجزا لزم أن يكون البيع واقعا على ثمنين على تقديرين، فان بيع الدار بدينار بشـرط خياطه ثوب البائع على تقـدير مجى ء زيد، انما يقع بالدينار المجرّد على تقدير عدم مجى ء زيد و عليه و على خياطه الثوب على تقدير مجى ء زيد، فيلزم أن يكون المبيع الواحد له ثمنين على تقديرين.

و الذى ينبغى أن يقال أن التعليق

الذی یوجب بطلان العقد علی قسمین:

الأول: أن یکون العقد معلقا علی أمر متأخر کما إذا کان الإنشاء حالیا و المنشأ أمرا استقبالیا بان یحصل فی الاستقبال، و قد وقع نظیره فی باب الوصیه و التدبیر، بل نظائره کثیره فی العرف، و قد تسالم الفقهاء رضوان اللّه علیهم بکونه مبطلا للعقد، إلّا فی موردین: أحدهما الوصیه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۳۵۷

و الثانی: التدبر، و ان لم یکن فی الالتزام به محذورا عقلی و قد تقدم تفصیل ذلک فی باب التعلیق فی العقود.

القسم الثانی: ان یکون التعلیق علی أمر حالی، و لکن لا- یعلم بکونه حاصلا أو غیر حاصل، کأن یقول بعتک المتاع الفلانی ان جاء زید و الفرض أنه جاء و لکن لا یدری المتعاملان بمجیئه و هذا أیضا مبطل للعقد، فالتعلیق الذی یوجب البطلان انما هو هذین القسمین.

و أما التعلیق فی الشرط فهل یکون من قبیل هذا القسمین المذکورین لیوجب بطلان العقد أو لا یکون کک، لکی لا یکون موجبا لبطلانه؟ فنقول:

قد عرفت فیما سبق أن للشرط فی العقد معنیان:- الأول: أن یکون العقد معلقا علی التزام المشروط علیه بأن یبیع متاعه من زید علی تقدیر التزامه بفعل اختیاری له، و الّا فلا یبیع، و قد عرفت أنه لا شبهه فی صحته مع حصول الالتزام بالفعل، و علی تقدیر عدم الالتزام، یبطل البیع للتعلیق أولا و عدم الشرط ثانیا، و قد عرفت أیضا أنه مع عدم کون متعلق الالتزام أمرا اختیاریا لا یحصل نفس الالتزام أیضا لاستحاله الالتزام بأمر ممتنع، کما هو واضح.

ثم انه یثبت الخیار للمشروط علیه علی تقدیر عدم العمل بطبق التزامه و اما البطلان فلا لحصول الالتزام حین العقد.

المعنی الثانی:

للشـرط فى ضـمن العقـد أن يكون الا لـتزام العقـدى معلقا على وصف أو فعل و ليس معنى تعليق الالتزام بـذلك الّا ثبوت الخيار للشارط على تقدير التخلف فيكون المنشأ محدودا.

إذا عرفت ذلـك فنقول إذا بـاع أحـد متـاعه معلقـا على التزام المشترى (على مـا هو المعنى الأول للشـرط) بأمر غير اختيارى على تقدير خاص فلا شبهه فى بطلان البيع ح للتعليق بداهه استحاله تحقق الالتزام بأمر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۵۸

مسـتحيل كما هو واضح. و لا يخفى أن ما ذكرناه من تفسـير الشرط و تعليق الالتزام عليه أو ما نذكره الآن من المرتكزات العرفيه و كلامنا شرح للمرتكزات.

و أما على المعنى الثانى للشـرط فإذا باع متاعه مطلقا و لكن جعل فيه شـرطا كان مرجعه الى تقييد اللزوم بذلك و فى الحقيقه أن البائع قـد أنشأ شـيئان أحـدهما: أصل العقـد، و الثانى: التزامه به على تقدير حصول ما علّق عليه التزامه من الكتابه للعبد و نحوها، بحيث يكون له الخيـار مع التخلف كمـا عرفت ثم إذا كـان توقف الا لـتزام على الشـرط المنجز فلا ـ كلام لنا فيه، و ان كان تعليق اللزوم به الشـرط المعلق كان ذلك على أنحاء، لأن التعليق قد يكون بأمر متأخر فى ظرفه كأن يقول بعتك هذا الكتاب بشرط أن تخيط لى ثوبا ان جاء زيد فى رأس السنه فان ما علق به الشرط و هو الخياطه أمر استقبالى و هو مجى ء زيد فى رأس السنه، و قد يكون تعليق الشرط بأمر حالى حاصل بالفعل، و لكن المتبايعين لا يعلمان به كما إذا قال البائع للمشترى بعتك هذا العبد على أن تخيط لى ثوبا ان كان العبد كاتبا و كان كاتبا فى الواقع،

فـان مـا علق به الشـرط و ان كان حاصـلا و هو الكتابه و لكن حيث لا يـدريان به المتبايعين فيكون الشـرط معلقا فى الظاهر دون الواقع، و قـد يجتمع هنـا كلا الأمرين كما فى البيع الخيارى بأن باع كتابا و جعل فيه الخيار فى رأس الشـهر الآتى على تقـدير ردّ الثمن فـان معلق عليه الخيـار أمر متأخر و هو مقيـد برد الثمن فهو مجهول إذ لا يعلم ان المشـروط عليه يرد الثمن أو لا يرد ا لثمن فهو مجهول فقـد أجمع الأـمران الثـانى من تعليق الشـرط أن يكون الالتزام مشـروطا بشـرط كأن يقول بعتک المتاع الفلانى على تقـدير التزامک بالخياطه ان جاء زيـد فهل هـذا يرجع الى التعليق فى العقـد بدعوى أن الخياطه معلق بمجى ء زيد فيكون الالتزام معلقا لكونه متعلقا بالخياطه و يكون العقد معلقا فيبطل العقد للتعليق.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۵۹

و فيه أن نظير ذلک قد وقع فى الواجب المعلق و المشـروط حيث ان من حكم باستحاله الواجب المعلق لكونه مستلزما لانفكاک الإنشاء عن المنشأ فارجعه الى الواجب المشروط، و قد بسطنا الكلام فى إمكانه فى محله و فى المقام لا محذور أن يكون المقيد بالشـرط هو الخياطه و يكون بمنزله المنشأ الذى يتأخر زمانه فى الواجب المعلق و يكون الالتزام مطلقا و فعليا و محققا عند تحقق العقـد، و يكون ذلک بمنزله الوجوب و الإنشاء فى الواجب المعلق الـذى قلنا ان الوجوب حالى و الواجب اسـتقبالى فلا يلزم من الاشتراط المذكور لزوم التعليق فى العقد، و كک الحال فى الإجاره أيضا كما إذا آجر الدار من شخص و يشترط المستأجر على الموجر ان يخدم ضيفه ان جاء فان المشروط عليه

قد التزم بالفعل و لا شبهه أن متعلق مشروط و مشكوک الحصول و الالتزام فعلی و الملتزم به أمر استقبالی مشکوک.

الكلام فی حكم الشرط الصحیح

قوله: مسأله فی حکم الشرط الصحیح.

أقول: قد أشرنا فیما تقدم الی أن الکلام فی حکم الشروط یقع فی جهتین:- الاولی: فی حکم الشرط الصحیح.

و الثانیه: فی حکم الشرط الفاسد، أما الکلام فی الجهه:- الأولی: فقد عرفت أن الشرط علی ثلاثه أقسام:- الأول: شرط الفعل، بان یشترط أحد المتعاملین علی الآخر إیجاد فعل أو ترکه علی ما تقدم تفصیله.

و القسم الثانی: هو شرط الصفه بأن یشترط المشتری علی البائع کون

العبد کاتبا أو کون الحنطه أبیض أو أصفر أو کون التمر اسود و غیر ذلک من الأوصاف أو ما هو فی حکم اشتراط الأوصاف من الأمور الخارجه عن اختیار المشروط علیه، و قد عرفت فیما سبق أنه لا معنی لاشتراط الأوصاف و التزام المشروط علیه بذلک اما لتعلیق العقد علیها بأن یبیع علی تقدیر تحقق هذا الوصف، فلا شبهه أن هذا تعلیق موجب لبطلان العقد بالإجماع أو مرجع ذلک الی جعل الخیار علی تقدیر تخلف الوصف و قد عرفت سابقا أن هذا هو المتعیّن إذ لم یشک أحد فی صحه هذا الشرط، فلو کان هنا تعلیق لکان باطلا و نفس بنائهم علی صحه هذا الشرط قرینه علی عدم إراده الصوره الأولی.

القسم الثالث: من الشرط هو شرط النتیجه و شرط تحقق أمر بنفس العقد، و ذلک کاشتراط تحقق أمر اعتباری فی العقد، و ذلک کاشتراط أن یکون بنت المشتری زوجه للبائع أو بالعکس بأن اشترط المشتری علی البائع ذلک أو اشترط انعتاق عبد فلانی للمشتری أو یکون المزرعه الفلانیه ملکا

له أو غير ذلك من الماهيات الاعتباريه و قد عرفت حكم هذا القسم أيضا فيما سبق و قلنا ان هذا الأمر الاعتبارى ان كان أمرا اختياريا للمشروط عليه و سببه أيضا اختياريا له أى له أن يوجد هذا الأمر الاعتبارى بأى سبب أراد يوجد ذلك بمجرّد تحقق العقد الذى اشترط ذلك فيه، و ذلك كالملكيه مثلا فان سبب هذه الماهيه الاعتباريه انما هو تحت يد المعتبر، فإنه بأى نحو ابرز هذه المعتبر تحقق فى الخارج و ينشأ كما هو واضح.

و ان لم يكن ذلك الأمر الاعتبارى تحت اختيار المعتبر أو لا يكون سببه تحت يده، بل كان له سبب خاص فإنه لا يوجب ذلك بالعقد كالزوجيه و الطلاق و العبوديه و الانعتاق، و كون المرهون مبيعا عند انقضاء الأجل و

نحو ذلك كان الشرط فاسدا لمخالفته للكتاب و السنه كما هو واضح.

ثم انه هل يمكن استفاده حكم هذه الأقسام الثلاثه كلها من دليل الوفاء بالشرط و أن المؤمنون عند شروطهم يشمل جميع هذه الأقسام الثلاثه أو لا بل يختص بشرط الفعل فقط، و أن المستفاد من ذلك الوجوب التكليفى و هو يختص بشرط الفعل كما عليه المصنف، و الظاهر أن دليل الوفاء بالشرط يشمل جميع الأقسام المتقدمه و لا يختص بالفعل و أن المستفاد من ذلك الحكم التكليفى و الوضعى كليهما فيكون جميع الأقسام مندرجه تحته و يجب المضى فى جميع ذلك بمقتضى الشرط و الوجه فى ذلك أن الظاهر من معنى قولهم (ع) فى الروايات المستفيضه المؤمنون عند شروطهم أو المسلمون عند شروطهم هو أنهم لدى شرطهم كقولهم (ع): (المؤمنون عند عدته) و أن الشرط لازم له و

لا ينفک عنه خصوصا مع أخذ الايمان أو الإسلام موضوعا للحكم، فإنه يرشد الى الايمان و عدم انفكاک الشرط عنه الذى التزم به لا ينفكان و انهما متلازمان، و الشـرط لازم له و لاصق به و يعبر عن ذلک بالفارسـيه بكلمه (جسبيدن) كان الشـرط لصق به و ضمّه و لا شـبهه أن هذا المعنى يلائم جميع أقسام الشـرط أما القسم الأول و هو شرط الفعل فواضح، فان معنى اشتراط الفعل أن العقد مربوط به و قد اثبت المشروط عليه ذلک فى ذمته و هو عنده و لا ينفک عنه و لا يجوز له التخلف عن ذلک الفعل.

و أما القسم الثانى و هو شـرط الصفه فقد عرفت أن مرجع ذلک الى جعل الخيار و أن الشارط يشترط على المشروط عليه الخيار و يكون الالـتزام بالعقـد مربوطـا به بحسب التزام المشـروط عليه، و أنه لازم الوفاء و أن مقتضـى كون المؤمن عنـد شـرطه هو أن يكون الخيـار ثابتا على المشـروط عليه على تقـدير التخلف، لأنه اشترط على نفسه الخيار إذا تخلّف للوصف فلا بـدّ و أن يكون عند شرطه و مقتضى كونه عند شرطه هو نفوذ خيار الشارط و كونه مسلطا على

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۶۲

فسخ العقد و إمضائه و هذا أيضا واضح.

اما القسم الثالث و هو شـرط حصول أمر فى العقـد فهو أيضا شـرط فى العقـد، و العقـد مربوط به و مقتضـى اشتراط المتعاقـدين ذلک هو أن يكون هذا أيضا نافذا لكونه شرطا من المؤمن و شرط المؤمن نافذ و ماض و لا ينفک و لا يتخلف و هذا القسم من الشرط شرط أيضا لا يتخلف.

و على الجمله مقتضى قولهم عليهم السلام المؤمنون

عند شروطهم و ان شروطهم نافذ، و إذا شرط المؤمن شرطا ينفذ أن جميع الأقسام المذكوره من الشرط نافذ فإنه لا شبهه فى صدق الشرط عليها كلها و ارتباط العقد بها و إذا كان شرطا حقيقه و قلنا أن شرط المؤمن نافذ فلا بدّ من الحكم بشمول دليل الوفاء بالشرط لذلک، کما لا يخفى. فافهم.

و يؤيد كون المؤمنون دالا على الحكم التكليفى و الوضعى معا تطبيق الامام عليه السلام ذلک، أى المؤمنون عند شروطهم تاره بالحكم التكليفى و أخرى بالحكم الوضعى، أما الأول ما تقدم من الروايه أن أحدا تزوج امرأه و اشترطت عليه أن لا يأخذ عليها امرأه، فقال الامام عليه السلام: بئس ما صنع، فما يدرى ما يخطر بباله من الليل و النهار و إذا اشترط فليفى بشرطه لأن المؤمنون عند شروطهم.

و أما الثانى: ما دل على جواز إعطاء الابن مال كتابه الأمه المكاتبه التى هى مزوجه لأبيه و اشتراط أن لا يكون لها الخيار بعد كونها حره لأنه لو لم يكن هذا الشرط لكان لها الخيار فحكم الامام عليه السلام بنفوذ هذا الشرط وضعا و طبّق عليه قوله (عليه السلام) المؤمنون عند شروطهم فهاتان الروايتان قرينتان على كون المراد من دليل الوفاء بالشرط أعم من التكليفى و الوضعى كما هو واضح.

ثم انه بناء على ما يظهر من المصنف من اختصاص المؤمنون عند شروطهم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۶۳

بشرط الفعل و عدم شموله لشرط الصفه و النتيجه لأن ذلک يتضمن حكما تكليفيا فلا بدّ من التعلق بالفعل كالوجوب الوفاء فى النذر و العهد، كما هو واضح، و هل هنا دليل آخر على لزوم القسمين الآخرين أم لا؟ فذكر السيّد و شيخنا

الأستاذ إشكالا على الشيخ بأنه إذا خصّصتهم ذلک بشرط الفعل و قلتم ان مفاد الدليل هو الحكم التكليفى فأى دليل لكم على القسمين الآخرين.

و لكن الظاهر أنا لا نحتاج فى إثبات نفوذ الشرط فى القسمين الآخرين الى دليل الوفاء بالشرط من جهه أنا ذكرنا سابقا أن معنى جعل الخيار عباره عن تحديد الملكيه المنشئه و جعل المنشئه قسما خاصا، و لا شبهه أن اشتراط الوصف فى العقد الذى مرجعه الى جعل الخيار انما يوجب تضييق دائره المنشأ فيكون المنشأ هى الحصه الخاصه، و كک المنشأ فى القسم الثالث حيث ان اشتراط العقد بكون الشى ء الفلانى حاصلا بذلک العقد أيضا، الذى هو شرط النتيجه يوجب تضييق دائره المنشإ لأن معنى الشرط كما عرفت هو الربط و الارتباط، و إذا كان العقد مربوطا بشى ء يكون المنشأ بلحاظ هذا الشرط مضيقا و عليه فالمتبايعان من الأول قد أنشأ ملكيه خاصه و ملكيه محدوده و يكون المشمول لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو هذه الحصه الخاصه لازمه الوفاء، فإذا كان هذا العقد الخاص واجب الوفاء بدليل أوفوا، فيكون الشرط الذى يوجب تضييق الدائره أيضا واجب الوفاء كما هو واضح، فلا نحتاج مع ذلک الى دليل وجوب الوفاء بالشرط لإثبات كون الشرط فى القسم الأول و الثانى أيضا نافذا وضعا كما لا يخفى.

ثم انه إذا اشترط أحدهما فى ضمن العقد على الآخر أمرا اعتباريا على نحو شرط النتيجه و كان ذلک الأمر الاعتبارى جائزا فى طبعه كالوكاله فهل يكون لازما باشتراطه فى ضمن العقد أو لا؟ يكون کک، بل يكون جائزا كما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۶۴

كان کک، إذا تحقق فى نفسه خاليا عن اشتراطه فى ضمن عقد من العقود

و لم تر من تعرض لذلک الّا السید فی حاشیته، حیث انه ذکر هذا و حکم بکونه لازما من جهه أن المستفاد من القرائن الخارجیه القطعیه أن اعراض الشارط کون المشروط علیه وکیلا من قبل الشارط لیس هو الوکاله حدوثا و ابتداء بحیث یکون المشروط علیه وکیلا له بعد العقد حدوثا فقط لا مستمرا، بل غرضه هو الوکاله المستمره کما هو واضح.

و فیه لیس لنا کلام فی کون الوکاله المشروطه فی ضمن العقد مستمره أو غیر مستمره، بل هی مستمره بلا ریب، و انما الکلام فی أن هذه الوکاله المستمره جائزه کالوکاله فی عقد الوکاله أو غیر جائزه، بل هی لازمه کما هو واضح فما ذکره السیّد رحمه اللّه علیه خارج عن محل الکلام، کما لا یخفی و الظاهر أنها لازمه.

و الوجه فی ذلک هو أن دلیل الوفاء بالشرط انما دل علی أن المؤمن عند شرطه و شرطه لازمه علیه و لاصق به و منضم الیه بحیث لو أراد أن لا_ یفی بشرطه و یفکه عن نفسه لا_ یمکن و هذا عباره أخری عن لزوم الشرط فالوکاله و ان کانت جائزه بحسب طبعها و لکن حیث اشترط ذلک فی ضمن العقد اللازم فمقتضی دلیل الوفاء بالشرط هو کونها لازمه و غیر جائزه و أن الوکاله الحاصله بعنوان شرط النتیجه لا تنحل بالفسخ، بل المأخوذ فی موضوع وجوب الوفاء بالشرط هو الایمان و الإسلام و هما یقتضیان اللزوم بحیث أن یکون هنا شی ء لم یکن قبل الشرط و من الواضح أن الجواز فی الوکاله کانت قبل الشرط علی أنا ذکرنا من انه یکفی فی لزوم الشرط نفس دلیل الوفاء بالعقد و لا نحتاج بعد ذلک الی

ما یدل علی وجوب الوفاء بالشرط، و ذلک لأن الاشتراط یوجب تضییق دائره المنشأ و کونه حصه خاصه و لا شبهه أن أَوْفُوا بِالْعُقُودِ یدل علی وجوب الوفاء بهذا الحصه الخاصه کما لا یخفی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۳۶۵

فکما أن العقد یکون لازما بالاشتراط و جمیع ما یکون من قیوده و حدوده أیضا یکون لازما بذلک کما هو واضح لا یخفی، فافهم.

نعم إذا اشترط علی الآخر أن یوکل شخصا آخر فی ذلک فإنها یکون جائزه و هذا بخلاف اشتراط کونه وکیلا هذا ما یرجع الی شرط أمر اعتباری بعنوان شرط النتیجه.

و اما شرط الفعل فقد تقدم الکلام فی بعض الجهات الراجعه الیه و من جملتها هی أن مقتضی المؤمنون عند شروطهم هو شرط الفعل فقط، لکونه دالا علی الحکم التکلیفی فلا یتعلق الّا بالفعل کتعلق النذر به أو یعم بقیه الأقسام فقد عرفت أن المصنف رحمه اللّه علیه ذکر کونه وجوب الوفاء بالنذر بحیث لا یتعلق الّا بالفعل و أما بقیه الأقسام فلیست مشموله لذلک و لکن قد عرفت أن الأمر علی خلاف ذلک، و أن مفاد دلیل الوفاء بالشرط هو الأعم من ذلک.

ثم انه خالف الشهید رحمه اللّه فی کون دلیل الوفاء بالشرط دالا علی الحکم التکلیفی أعنی وجوب الوفاء بالشرط، بل ذکر أنه لا یجب علی المشروط علیه فعل الشرط و انما فائده الشرط هو جعل العقد عرضه للزوال و لکنه واضح الدفع حیث عرفت أن الظاهر من قولهم علیهم السلام المؤمنون عند شروطهم کقولهم (ع) المؤمن عند عدته حیث یستفاد من أمثال ذلک وجوب الوفاء بالشرط و الوعد علی أن غرض الشارط هو أن یلزم المشروط علیه بحسب شرطه لا

مجرّد جعل العقد جائزا و عرضه للزوال، بل قد عرفت أن المأخوذ فی موضوع الوفاء بالشرط هو الایمان و أن الوفاء به من علامته و هو یقتضی أن یکون المشروط علیه ملزما بالوفاء و یجب علیه الوفاء بالعقد خصوصا یتضع أن الحدیث یدل علی وجوب الوفاء تکلیفا بملاحظه روایه منصور المتقدمه حیث دلت علی أنه إذا اشترط ذلک فلیف بشرطه و طبق علیه الامام علیه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۳۶۶

السلام المؤمنون عند شروطهم.

و من جمله الجهات للبحث هنا هو ان مقتضی دلیل الوفاء بالشرط ما ذکره المصنف رحمه اللّه حیث قال: ان للمشروط له إجبار المشروط علیه من جهه أنه التزم بالعمل له فله إجباره من جهه التزامه العمل للمشروط له و هذا لا- من جهه جواز الأمر بالمعروف، بل من جهه ثبوت حق له علیه بالتزام علیه بالشرط حیث انه التزم له فله المطالبه بذلک فما افاده (قده) متین و یؤیده ما فی بعض الاخبار من قوله علیه السلام فلیتم المرأه شرطها، حیث عبر باللام و قال للمرأه الظاهر فی کونه حقا لها و علیه فللمشتری أو للبائع أن یطالب المشروط علیه لشرطه مضافا الی السیره العقلائیه، فإن العقلاء یرونه حقا علی المشروط علیه، و یطالبون به فی المحاکم العرفیه ثم انه ره استدل علی ذلک بوجه آخر و ملخصه ان الشرط ملک للمشروط له، و له أن یطالب بمملوکه و أن الشرط کأحد العوضین فکما أن أجزء العوضین، لا بدّ من تسلیمهما الی مالکهما و کذا الشرط لأنه کالجزء، لا بدّ من تسلیمه الی مالکه و هذا لا یمکن المساعده علیه و ذلک لما قدمنا من أن الشرط لا یوجب اشتغال

ذمه المشـروط عليه بالشـرط على نحو لو مات اخرج من تركته كما فى العوضـين، فإنه لم يثبت كون الشـرط كذلك، نعم يجب عليه الوفاء بما اشترطه على نفسه، و هو حق ثابت للمشروط له، و أما الملكيه فلا، كما لا يخفى.

و المتحصـل أن المشـروط له يتمكن من مطـالبه المشـروط عليه بالشـرط و إجبـاره عليه، لأنه حقه حسب التزامه مضافا الى دلاله الروايه المتقـدمه، و ثبـوت السـيره العقلائـيه و أقـوى من الكـل ان له إسـقاطه و هـو يؤيـد كون وجوب الوفـاء حقيّا لأنـه القـابل للإسقاط.

و يمكن ان يقال أن الحكم أيضا يعقل ان يرتفع بإسـقاطه من جهه احتمال أنه مشـروطا بعـدم رفع يد المشـروط له منه و هذا أمر ممكن بحسب مقام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۶۷

الثبوت الّا أنه يحتاج الى دليل فى مقام الإثبات، هل الحكم، الحكم التكليفى فقط؟ كوجوب الوفاء بالنـذر، فإنه لا يجب للمنذور له، بل لا يجوز مطالبه المنذور من الناذر لعدم استحقاقه على الناذر شيئا أصلا، الّا من باب الأمر بالمعروف يجوز المطالبه و هو لا يختص بالمنذور و المشـروط له، بل هو وظيفه كل مسلم أو يدل على الحكم الوضعى أيضا بحيث يكون هنا وجوب حقى يجوز للمشـروط أن يطالبه من الشارط، بمعنى أن هنا حقا للشارط على المشروط عليه بحسب الاشتراط بحيث للشارط إجبار المشروط عليه على الوفاء بشرطه بحسب الاشتراط، و ربما يفصّل بين الشرط الراجع إلى مصلحه أحد المتعاقدين كخياطه الثوب و نحوها و بين مـا لا- يرجع الى مصـلحتهما كـاشتراط كنس المسـجد فـالتزم بجواز الإجبار فى الأول دون الثانى كما ربما يفصّل بين شـرط الذى كالمتعلقات للعقد نظير اشتراط رهن المبيع عند البائع لعدم

اطمينانه للمشترى حتى يوثق بثمنه و بين الشرط الأجنبى نظير الخياطه و نحوها ففى الأول يصح الإجبار لأنه من متعلقات العقد، و العمل به كالعمل بالعقد لازم دون الثانى فقد اختار المصنف الوجه الثانى لأن مقتضى العمل بالشرط ليس هو الّا كتسليم العوضين، فان المشروط له، له حق بحسب الاشتراط على المشروط عليه و لذا له أن يجبره على الوفاء و سيأتى فى البحث الاتى أن الإجبار فى عرض كون الشارط مخيّرا بين الفسخ و الإمضاء لا أنه ليس الإجبار أصلا كما زعمه بعضهم.

نعم، أن الشارط لا يملك شيئا بحسب الاشتراط كما فى كلام المصنف حيث ذكر أن الشارط يملك على المشروط عليه الشرط إذ ليس هنا مملوك و الّا فلا بدّ و أن يكون من جمله الإرث على تقدير موت الشارط و ليس كك و قد عرفت أن الشرط لا يقابل بجزء من الثمن ليكون مملوكا للشارط، بل هو جعل حق على المشروط عليه و الشاهد على ذلك أنه يسقط ذلك بالإسقاط

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۶۸

مع أنه لو كان مفاد الدليل مجرّد الحكم التكليفى لم يسقط بالإسقاط، كما هو واضح.

ثم ان ما ذكره المصنف من الاستدلال بالروايات الداله على أن المؤمنون عند شروطهم على أنه ليس الوفاء بالشرط مجرّد التكليف المحض، بل هنا شى ء آخر للشارط على المشروط عليه متين و لكن قد عرفت أنه ليس بملك لعدم ترتب لوازمه من الإرث و نحوه على ذلك، و انما هو حق من الحقوق، و لا شبهه فى دلاله الروايات المتقدمه على ذلك و يضاف على ذلك قيام السيره القطعيه على ذلك و أن اشتراط أحد المتعاقدين على الآخر، مجرّد إثبات الحكم التكليفى

عليه، بـل غرضه أن يجعله ملزمـا بهـذا الشـرط بحيث يجبره على ذلـك فى المحـاكم المختصه على تقـدير أداءه، بل ربما يلتفت الشارط بالحكم التكليف أصلا.

و على الجمله فبناء العقلاء على ثبوت حق للشارط على المشروط عليه بالاشتراط و غرض المتبايعين أيضا هو ذلك، فان الشارط غرضه إثبـات حق على المشـروط عليه و إلزامه إعطـاء ذلـك الحق و سـيأتى أن الإجبـار على الوفاء بالشـرط فى عرض الخيار، و الفسخ لا فى طوله و يدل على ذلك كله أن للمشروط له إسقاط ذلك، فإنه لو لم يكن من الحقوق لم يقبل ذلك الاسقاط فمن قبوله الاسقاط نستكشف كونه من قبيل الحقوق، كما هو واضح.

و ما عن صاحب جامع المقاصـد من توجيه عـدم الإجبار بأن له طريقا الى التخلص بالفسـخ ضـعيف فى الغايه بداهه أن من جعل لنفسه الخيـار انما غرضه هو الفسـخ بعـد تعـذر أخـذ ما شـرط عليه اما لعـدم تمكنه أو لعـدم تسـلط الشارط على المشـروط عليه لشـقاوته و أما مع إمكان إجباره و لو بالشـكايه الى المحاكمه المختصه فيجبره عليه إذ لو لم يكن للشارط حق الإجبار لتضرر فى معامليه غالبا، فإنه لو اشترى أحد شيئا مع الشرط على البائع و ترقى قيمه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۶۹

ذلك الشـى ء أضـعاف قيمته الاولى فليس للمشـروط عليه أن لا يعمل بالشرط و يقول للشارط أفسخ المعامله، بل يجبره الشارط على الوفاء، الّا أن يريد الفسخ على طبق ميله، و ليس غرضنا من ذكر الضرر التمسك بحديث نفى الضرر، بل غرضنا استبعاد هذا المطلب أى الالتزام بعـدم جواز الإجبار فإن نتيجه ذلك هو تضـرر الشارط كثيرا و هو على خلاف الارتكازات العقلائيه و بنائهم فإنه ليس

من المتعارف ان يشترط أحد على غيره بشرط أو مضى مده ثم يقول المشروط عليه ليس لك الّا فسخ العقد.

و على الجمله ليس الغرض من الشرط هو تخلص الشارط عن المعامله و لوازمها حتى يقال انه ليس منحصرا بالإجبار بالفسخ، بل غرض الشارط هو الوصول الى غرضه من الشرط من المنافع و دفع الضرر و لو كانت الأغراض شخصيه فلا وجه للقول بأن له وجها الى التخلص.

و بعباره أخرى أن ما افاده جامع المقاصد لا يتم لا من جهه ما ذكره المصنف من الخيار فی مرتبه متأخره عن الإجبار لوصول النوبه إليه لما سيأتی أن الإجبار فی عرض الخيار لا فی طوله، بل من جهه أنه ان كان للمشروط له حق المطالبه، فلا شبهه فی جواز الإجبار لمطالبه الحق، و الّا كان مفاد الشرط هو الحكم التكليفی فقط كالنذر فلا يسوغ الإجبار مضافا الى قيام السيره.

و قد يتوهّم أن ظاهر الشرط هو فعل الشی ء اختياريا، فإذا امتنع المشروط عليه فقد تعذر الشرط و حضور الفعل منه كرها بالإجبار غير ما اشترط عليه لأن اللازم أن يكون متعلق الشرط امرا اختياريا كما تقدم، فلا يكون الإجبار موجبا للوفاء بالشرط و فيه الظاهر أن هذا التوهم انما نشأ من خلط بين الكلمه الاختياريه المستعمله فی مقابل عدم القدره و كلمه الاختيار المستعمله فی مقابل الكره و عدم المحبوبيه و الذی هو موضوع صحه التكاليف هو الأول بمعنى أنه يشترط أن يكون التكليف متعلقا بأمر اختياری

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۷۰

فلا يصح تعلقه بأمر غير مقدور و أما الثانی فلا و من الواضح أن الفعل اعنی الشرط فی المقام، و ان يصدر عن المشروط عليه بالكره،

و لكن مع ذلک هو فعل اختيارى له و ليس فعلا غير اختيارى حتى لا يصح كونه متعلقا للشرط الّا أن يكون الإكراه عن غير حق.

و بعباره أخرى أن متعلق الشرط لا بدّ و أن يكون امرا مقدورا سواء كان صادرا عن المشروط عليه كرها أم اختياره مقابل الكره، فلا وجه لهذا التوهم أصلا، نعم لو اشترط على الآخر فعلا صادرا عنه بالاختيار و عدم الكره كان لهذا التوهم مجالا واسعا كما هو واضح على جواز مطالبه الحقوق كالأموال هذا كله مع الإغماض عما ذكرناه فى اشتراط الوجوب بالقدره حيث قلنا ان الوجوب لا يتعلق بغير المقدور.

و أما إذا كان الفعل مقدورا تاره و غير مقدور أخرى فلا مانع من إيجاب الجامع بين المقدور و غير المقدور، لأن الجامع بينهما مقدور و كذلک نقول فى المقام أن الالتزام بالعمل الغير، الغير الاختيارى و ان كان غير معقول الّا أن العمل إذا صدر من الاختيار تاره و من غير الاختيار أخرى فالجامع بين الاختيارى و غيره لا- مانع من التزامه و لكن لو لم نقل بذلک فالجواب ما عرفته آنفا.

قد عرفت أن شيخنا الأنصارى (قده) تعرض فى المقام لعده أمور:

منها: أن الوفاء بالشرط واجب على المشروط عليه وجوبا تكليفيا.

و منها: أن لزوم الوفاء بالشرط هل هو حكم تكليف محض أو أنه من جهه حق للمشروط له على المشروط عليه، و لذا يمكنه إجبار المشروط عليه على العمل و الوفاء بما لزمه على نفسه ذكر المصنف أن له إجبار المشروط عليه بالوفاء من جهه أنه ملک الشرط باشتراطه و قد وافقناه فى النتيجه و ناقشنا فى دليلها و قد قلنا أن له إجباره و استشهدنا عليه بالسيره

العقلائيه،

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۷۱

و قلنا ان لزوم الفعل بالشرط و كونه حقا للمشروط له ثابت ببناء العقلاء و أن الأدله الداله على لزوم الوفاء بالشرط وردت إمضاء للسيره المذكوره.

ثم انه قد تعرض بعد ذلک على أمر ثالث و هو أن المشروط عليه إذا امتنع من الوفاء بما التزمه و كان الشرط أمرا قابلا للنيابه كالانشائيات نظير بيع شى ء أو هبته و نحوهما، فهل للحاكم أن يباشر بذلك فيبيع المال المشروط بيعه أو يهبه من قبل المشروط عليه أو أنه ليس للحاكم ذلک و لا يقع عمله نافذا عن قبل المشروط عليه قد قوى تمكنه من ذلک من جهه ما ورد من أن السلطان ولى الممتنع فيندفع ضرر المشروط له بتصدى الحاكم للوفاء بما التزمه المشروط عليه على نفسه هذا، و الوقت لم يسع للمراجعه الى أن هذه الروايه هل رويت بطريقنا و انها معتبره أو أنها نظير من المختصرات لغويه لا اعتبار لها فليراجع الى مظانها.

ثم على تقدير أنها روايه معتبره لا تكفى بمجردها فى إثبات المدعى و هو صحه تصدى الحاكم على ما على الممتنع من الالتزام بل لا بدّ من ضم مقدمه خارجيه إليها فإن الحاكم ليس بسلطان و لا من دونه بمرتبه أو بمراتب فلا بدّ فى إثبات ولايه الحاكم من دعوى القطع بمناسبه الحكم و الموضوع على أن هذا الولايه الثابته للسلطان ليست من الأحكام المختصه للسلطان، بل هو من أحكام المنصب فيثبت للحاكم أيضا لأن المستفاد من الروايه أن الشارع لا يرضى لتضيّع حقوق الناس و هذا كما ثبت للسلطان يثبت للحاكم أيضا إذا تمكن من ذلک و لو لا دعوى القطع المذكوره احتاج إثبات المدعى فى

المقـام الى ضم كبرى كليه على هـذا الروايه و هى ولايه فى كل ما للسـلطان من الاحكام و المناصب أو المناصب المختصه له و قد تقدم فى بحث الولايه أن ولايه الحاكم على نحو الكليه غير ثابته و أنه ليس له الولايه فى كل ما للإمام و السـلطان ولايه و لذا ذكرنا أن إثبات المدعى فى المقام بمجرّد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۷۲

هذه الروايه غير ممكن الا بضم دعوى القطع على أن هذه الولايه ليست من مختصات السلطان بمناسبه الحكم و الموضوع.

ثم انه قد تعرض إلى أمر رابع فى المقام و هو أن الخيار الثابت للمشـروط له على تقدير عدم وفاء المشـروط عليه بما التزامه على نفسه هـل هو فى عرض الإجبـار أو أنه فى طوله بمعنى أنه إذا تعـذر عليه إجباره و لم يتمكن منه تنتهى النوبه إلى الخيار و له أن يفسخ العقد ح أو أنه مع تمكنه من الإجبار متمكن من الخيار أيضا نقل عن بعضـهم أن الخيار فى طول الإجبار و عن العلامه أن الخيار فى عرضه و أن مع تمكنه من الإجبار متمكن من الفسخ ثم قوى (قده) عدم ثبوت الخيار مع التمكن من الإجبار.

و فى حاشـيه المكـاسب من تقريرات شـيخنا الأسـتاذ (قـده) أن هـذا البحث بعينه البحث السـابق و لا اختلاف بينهما إلّا فى مجرد الألفـاظ و احتمـل هناك أن يكون تكراره من قلم شـيخنا الأنصارى و تعجب منه فى أنه كيف تعرض له ثانيا و لا يخفى وضوح الفرق بين المسـألتين لأـن البحث فى المسأله الأولى انما كان متمحضا فى ثبوت أصل الإجبار و أنه جائز للمشـروط له أولا و أما فى هذه المسأله فالبحث فيها

فى أن الخيار الثابت للمشروط له فى عرض الإجبار أو فى طوله فالمسألتان متغايرتان لا ربط من إحداهما إلى الأخرى.

و العجب من شيخنا الأستاذ أنه كيف خفى ذلك عليه مع أنه أمر واضح لا يحتاج إلى إقامه الدليل و لعل الاشتباه من قلمه الشريف دون فلم شيخنا الأنصارى و ذكر بعض المحققين أن أصل عنوان المسأله عجيب لأن استحاله اجتماع الخيار مع التمكن من الإجبار بمكان من الوضوع و الوجه فى ذلك أنا ذكرنا أن الشرط ليس هو مجرّد الوفاء الاختيارى بل يعمّه و الوفاء الإجبارى أيضا و من الظاهر أن الخيار انما يثبت فى المقام بعد تعذر الشرط إذ الكلام فى هذا الخيار اعنى خيار تعذر الشرط و مع التمكن من الخيار لا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۷۳

تعذر للشرط، بل هو ممكن و معه لا معنى للخيار.

و بالجمله فرض التمكن من الإجبار فرض عدم تعذر الشرط الذى هو أعم من العمل الاختيارى و الإجبارى و فرض عدم تعذر الشرط فرض عدم الخيار فكيف يجتمع التمكن من الإجبار مع الاختيار و ما أفاده رحمه اللّه متين لو كان المراد بالخيار فى المقام خصوص خيار تعذر الشرط إذ مع التمكن من الإجبار لم يتعذر الشرط فلم يتحقق موضوع الخيار و اما لو كان المراد بالخيار الأعم من تعذر الشرط كما سيأتى فلا وجه لما افاده.

و بعباره أخرى انا نلتزم بالخيار عند تعذر الشرط لكن لا من جهه خصوصيه فى التعذر، بل من جهه أنه أحد الأمور الموجبه للخيار و مصداق من مصاديق الموجب للخيار.

و ح يمكن أن يثبت الخيار مع التمكن من الإجبار ليتحقق موضوعه كما سنبينه إنشاء اللّه.

و عليه فلا بدّ من مراجعه

مدركه الخيار لو بنى أنه يثبت مع التمكن من الإجبار أو لا يثبت إذ عدم إمكان اجتماعها ليس من البديهيات حتى لا يحتاج فيها الى دليل فنقول أيضا مـدرك الخيار عنـد تخلف الشـرط هو الإجماع كما ذهب اليه بعضـهم فلا بدّ فيه من الاقتصار على المورد المتيقن و هو صوره عـدم التمكن من الإجبار و أما معها فلا يقين بالإجماع على ثبوت الخيار ح فلا يثبت الخيار بعد عدم التمكن من الإجبار.

و ان كـان المـدرك لثبوت الخيـار قاعـده لا ضـرر كما ذهب اليه المصـنف فلا يثبت الخيار مع التمكن من الإجبار أيضا لأنه مع تمكنه من الإجبار لا يتوجه عليه ضـرر حتى يدفع بالخيار و من هنا ذكر شـيخنا الأنصارى أن الخيار فى طول الإجبار لا فى عرضه و لكنا ناقشنا فى كون مدرك الخيار هو قاعده لا ضرر فى خيار الغبن فراجع.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۷۴

و أما إذا كان المدرك للخيار عند تخلف الشـرط هو الشـرط الضمنى الذى اعتمدنا عليه، فالخيار ثابت مع التمكن من الإجبار و ذلك لأن المشـروط له قـد علق إلزامه فى المعامله على التزام المشـروط عليه بالشـرط، و قـد ذكرنا أن الشـرط لا بدّ و أن يكون مربوط بالعقـد و لاـ معنى لكونه عبـاره عن الاـلتزام فى ضـمن الاـلتزام بأن يكون العقـد ظرفا للشـرط فقط، بل لا بـدّ و أن يكون مربوطا به و ذكرنا أيضا ان الاشتراط يوجب تعليق أصل المعامله على التزام المشـروط عليه بالشرط بحيث لو لا التزامه بالفعل فلا يتحقق المعـامله أصـلا كما أن التزامه بالمعامله و قيامه عليها معلق على وفائه بالشـرط فى الخارج بمعنى أن المشـروط عليه ان لم يفه بالتزامه فى

الخارج فللمشروط له أن لا يف بالتزامه بالمعامله.

و بعباره أخرى ان التزام المشروط عليه بالشرط و ان كان محققا بحسب الحدوث و لذا قلنا بتحقق البيع لحصول ما علق عليه الّا انه ان التزم بالشرط بحسب البقاء أيضا فيلتزم المشروط له أيضا بالمعامله، و أما إذا لم تلزم المشروط عليه بالشرط بحسب البقاء فللمشروط له أن لا يفى بالتزامه بالمعامله فيفسخها و عليه فالخبار يثبت للمشروط له بمجرّد عدم وفاء المشروط عليه، بشرطه و عدم التزامه به بقاء و معنى خياره كونه متمكنا من رفع اليد عن التزامه و قد عرفت انه انما يكون متمكنا من رفع اليد عن التزامه فيما إذا لم يلتزم المشروط له عليه بالشرط بحسب البقاء و معه لا داعى إلى تقييده بعدم التمكن من الإجبار لأنه كلفه زائده و بما ذكرنا ظهر أن الخيار فى المقام فى عرض الإجبار لا فى طوله، و يمكن أن يكون نظر المصنف فيما ذكره فى المقام الى ذلك حيث ذكر أن المقام لا يقاس بامتناع تسليم أحد العوضين لأن تسليم كل من العوضين الى مالك الآخر انما يجب مع تسليم الآخر فإذا لم يسلم أحدهما فللآخر أن يمتنع عن التسليم بمعنى أن الالتزام بالتسلم فى

كل من المتبايعين مشروط و هو ثابت لكل منهما و هذا بخلاف المقام لأن الالتزام بالعمل بالشرط انما هو من أحدهما لا من كليهما فإذا لم يف بما التزمه فللمشروط له أن لا يفى بالتزامه (و ليس للمشروط عليه الامتناع من الوفاء حتى يف الآخر بالتزامه كما فى مسأله التسليم إذ الالتزام ليس من الطرفين فى المقام).

و قد ذكر المحقق المتقدم أن هذا

الكلام من الشيخ يشبه كلام الأطفال فى مقام اللجاج حيث يقول أحدهما للآخر ان لم تعطنى لا أعطيتك و بما ذكرناه عرفت أن الأمر ليس كك و أن هذا الكلام منه كلام متين و لا يشبه كلام الأطفال، لأن المشروط له قد علق التزامه بالمعامله مع وفاء المشروط عليه بالتزامه فان لم يف بما التزمه، فلا يجب على المشروط له البقاء على التزامه فما أفاده العلامه من ان الخيار فى عرض التمكن من الإجبار هو الصحيح.

ثم انه ذكر فى المقام امرا خامسا و هو أنه إذا تعذر الشرط فى الخارج من جهه عروض عمى على من التزم بالخياطه أو شلل و نحوهما فلا يثبت للمشروط له الّا الخيار، و له ان يفسخ المعامله ح و لا يثبت له الأرش بأن يطالب المشروط عليه ما به التفاوت بين قيمه الشى ء مع الشرط كالخياطه، و قيمته بدونه. و ربما يقال بثبوت الأرش فى موارد تعذر الشرط لتفاوت قيمه المبيع مع الاشتراط و قيمته بدونه.

و ثالثا: يفصّل بين الشروط التى تقابل فى نفسها بالمال كاشتراط خياطه الثوب لأن لها قيمه فى نفسها و اشتراط مال العبد فى شرائه فيلتزم فيها بالأرش عند تخلفها و تعذرها و بين شرط الأوصاف مما لا يقابل بالمال فى نفسه و انما يوجب زياده قيمه المشروط نظير اشتراط القدره على الكتابه فى العبد أو القدره على الطبخ و غيرهما من الأوصاف الكماليه الموجبه لاختلاف قيمه الموصوف فيلتزم بعدم الأرش فيها.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۷۶

و لا يخفى عليك أن الشروط سواء كانت من شرط الأوصاف أو غيرها مما لا يقابل بالمال فى المعاملات و يقع شى ء من الثمن فى مقابلها، بل الثمن

بتمامه يقع فى مقابل ذات المبيع و عليه فلا وجه للأرش و مطالبه ما يخصّ بها من القيمه مطلقا و انما التزمنا بالأرش فى خيار العيب من جهه النصوص لا من جهه مطابقه القاعده.

و قد أشار السيّد فى حاشيته على ثبوت الأرش فى تخلف الشروط بدعوى أنها و ان لا تقابل بالمال فى مقام الإنشاء و عالم الظاهر الّا أنها تقابل بها فى عالم اللب و الواقع و قد تقدم ذلك فى مبحث خيار العيب و به أثبت كون الأرش على وفق القاعده و أجبنا عنه هناك بأن المعاملات مما ليس له عالمان ظاهر و واقع و صوره و لب، بل صورتها لبها و لبها صورتها لأنها ليست الّا الاعتبارات نفسانيه مبرزه بمرز فى الخارج و هو اما موجوده، أو معدومه، و لا معنى لثبوتها لبا دون صوره و عليه فلا يثبت للمشروط له عند تخلف الشروط و تعذرها الّا الخيار دون الأرش كما عرفت.

ثم ان المصنف ذكر امرا سادسا و هو أن الشروط إذا صار متعذرا و ثبت بذلك الخيار للمشروط له، و لكن العين خرجت عن ملك المشروط عليه و سلطنه لتلف أو نقل لازم فهل يمنع ذلك عن فسخه أو لا؟ و على تقدير فسخه هل يرجع على المشروط عليه بقيمتها أو مثلها أو أنه يقتضى الرجوع الى نفس العين بفسخ العقد الواقع عليها من أصلها أو من حين الفسخ و قد تعرض (قده) فى المقام الى جهات:- الجهه الاولى: فى أن المشروط له إذا فسخ هل يرجع الى قيمه العين و لا يرجع إليها بنفسها بفسخ العقد الواقع على العين من جهه ان العقد الواقع على العين قد صدر من أهله

و وقع فى محله حيث انه صدر من مالكها فى زمان ملكه فلا وجه لبطلان العقد، بل لو فسخ فلا بدّ من أن يرجع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۷۷

ببدلها أو أن يرجع الى نفس العين بفسخ العقد الصادر من المشترى من أصله أو من حين فسخه و الصحيح أن يرجع الى بدلها لأن العقد الواقع عليها كان صحيحا حين صدوره و لا وجه لبطلانه و تعرضنا لذلك تفصيلا فيما تقدم و المقام اعنى تعذر الشرط مع خروج العين عن ملك المشروط عليه من أحد صغريات ما تقدم فى محله من أن الفسخ بعد انتقال العين الى ملك شخص آخر بعقد صحيح لا يقتضى إلّا الرجوع الى بدلها فراجع.

الجهه الثانيه: أن الشرط إذا تعذر و خرجت العين عن ملك المشروط عليه بعقد آخر منافى لمقتضى الشرط كما إذا اشترط عليه بيعه من زيد و هو باعه من عمرو أو اشترط عليه وقفه و هو باعه و هكذا مما يكون منافيا للاشتراط فهل العقد الواقع على المال صحيح مع أنه مخالف لمقتضى الشرط أو أنه باطل أو يفصل فيه بين ما إذا قلنا بأن الشرط يقتضى حقا للمشروط له على المشروط عليه فنلتزم فى الأول بصحه العقد الصادر من المشروط عليه الذى هو مخالف لمقتضى العقد لانه لا يستلزم ح الّا مجرّد المخالفه للحكم الشرعى بوجوب الوفاء و أما عقده فصحيح و نلتزم فى الثانى بالبطلان إذا لم يسبقه الاذن من المشروط له و لم تلحقه اجازه منه لأنه ح بيع شى ء تعلق عليه حق الغير و بيعه باطل.

و أما إذا سبقه اذنه أو لحقه أجازته فالعقد أيضا صحيح و هذا هو الذى ذهب اليه

المصنف.

و ربما يفصل فى المقام بتفصيل آخر و هو التفصيل بين سبقه بالاذن من المشروط له، فالعقد يصحّ و بين لحوقه بإجازته أى المشروط له فيبطل بدعوى أن العقد إذا سبقه اذن من له الحق فعقده وقع صحيحا عند إسناده إلى العاقد.

و أما إذا وقع بلا اذنه حين إسناده إلى قاعده ثم لحقته الإجازه فلا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۷۸

محاله يقع فاسدا لأنه عقد واحد شخصى قد حكم عليه بالبطلان حين صدوره من العاقد فكيف ينقلب إلى الصحه بالإضافه (و العقد باستمرار الزمان لا يكون متعددا) الى نفس ذلک العاقد، بعد ذلک و قد تقدم هذا التفصيل من الشيخ أسد اللّه التسترى فى بيع الفضولى حيث فصل فى تصحيح العقد الأول بالإجازه المتأخره بين العقد الفضولى المصطلح أعنى ما إذا كان العاقد غير من ينسب اليه العقد بالإجازه و بين مثل تزويج بنت أخت الزوجه أو بنت أخ الزوجه مما يكون العاقد الفضولى فيه هو المنتسب اليه العقد بالجازه، فالتزم فى مثل ذلک بصحه العقد المذكور فيما إذا سبقه الاذن من الزوجه و بالبطلان فيما إذا لم يسبقه الاذن سواء لحقته الإجازه أيضا أم لم تلحقه، و ذلک من جهه أن العقد حين صدوره من العاقد حكم عليه بالبطلان لعدم اشتماله على شرط صحته، فلا يمكن أن ينقلب إلى الصحه بالإجازه المتأخره بالإضافه الى ذلک العاقد لأنه عقد واحد قد حكم بالفساد (و العقد الواحد لا يتعدد بحسب الأزمنه) بالإضافه إلى العاقد فلا يتصف بالصحه بالإضافه إليه أبدا، و هذا بخلاف الإجازه فى الفضولى المصطلح لأن العقد و ان اتصف بالبطلان بالإضافه إلى العاقد الّا أنه لا مانع من اتصافه بالصحه بالإضافه إلى

المالک إذا أجاز لأنه لم ينسب اليه قبل أجازته ليحكم بصحته أو بفساده، بل ينسب إليه بإجازته و يحكم بصحته له من حين الانتساب هذا ما فصله الشيخ اسد اللّه التسترى هناک.

و التفصيل المذكور فى المقام هو عين هذا التفصيل الذى نقلناه عن الشيخ المذكور.

و قد أجبنا عن ما فصّله شيخ المتقدم هناک بوجوه:- منها: أن مقتضى الأخبار الوارده فى صحه تزويج العبد بدون اذن مولاه إذ الإجازه بعد تزويجه معللا بأنه لم يعص اللّه و انما عصى سيّده،

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۷۹

عدم الفرق فى صحه العقد الصادر فضوليّا بالإجازه المتأخره بين الفضولى المصطلح و تزويج بنت أخت الزوجه أو بنت أخيها و ذلک لأن الأخبار المذكوره تعطى ضابطه كليه فى صحه العقد الفضولى بالإجازه المتأخره و هى أن العقد الصادر عن الفضول ان كان معصيه وضعيه للّه تعالى فهو باطل، و لا ينقلب الى الجواز و صحه الفضولى على طبق القاعده فى جميع موارده فلا وجه لرفع اليد عنها فى بعض موارده و أما إذا لم يكن معصيه للّه حتى بالإجازه المتأخره لانه كان معصيه و مخالفه لذلک المجيز فإذا رضى به و أجاز جاز و فى العقد المذكور أيضا إذا رضيت الزوجه و أجازت عقد بنت أختها أو بنت أخيها جاز لأنه لم يكن معصيه للّه و انما كان معصيه للزوجه و مخالفا لحقها فإذا أجازت جاز، فهذا التفصيل ساقط و التفصيل موكول الى محله.

و أما دعوى البطلان مطلق فلعلها من جهه أن العقد ح منهى عنه لأنه مناف للوفاء بالشرط الواجب و النهى فى المعاملات يوجب الفساد.

و يرد عليه وجوه:- الأول: أنه ليس فى المقام نهى مولوى شرعى من بيع

المشروط علیه ماله من غیر من اشترط بیعه منه، إذ لم یرد عنه نهی و انما أمر ببیعه ممن اشترط بیعه منه و هو لا یقتضی النهی عن بیعه من غیره الّا علی القول بأن الأمر بالشی ء یقتضی النهی عن ضده و هو ممنوع.

الثانی: ذهب الی أن بیعه من غیر من اشترط بیعه منه مورد للنهی و لو من جهه اقتضاء الأمر بالشی ء النهی عن ضده إلّا انا ذکرنا فی محله أن النهی فی المعاملات لا یقتضی فسادها مطلق سواء تعلق بالسبب أو بالمسبب أو التسبیب.

و الثالث: أنا لو سلمنا ان العقد المذکور منهی عنه شرعا و سلمنا أن النهی فی المعاملات یوجب الفساد و لکنه لا یلزم منه الالتزام بفساد العقد

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۳۸۰

المذکور مطلق لأنه إذا رضی به المشروط له إذنا أو اجازه فلا محاله ترتفع النهی عنه إذ النهی عنه لیس الّا من جهه حق المشروط له فإذا تجاوز عن حقه ارتفع النهی.

و دعوی البطلان مطلق لا یرجع الی وجه صحیح و من ذلک یظهر أن التفصیل بین کون الوجوب تکلیفیا محضا أو کونه حقیا کما ذهب الیه المصنف لا یمکن المساعده علیه لأن الوفاء بالشرط و لو قلنا أنه من جهه ثبوت الحق للمشروط له علی المشروط علیه الّا أن هذا الحق لا تتعلق بالمال و العین و انما تتعلق علی العقد فلا یکون بیعه بیعا لمتعلق حق الغیر و لیس المقام عن قبیل بیع العین المرهونه التی متعلق حق الغیر سیما مع ملاحظه أن الخیار منعقد فی المقام فلا وجه للتفصیل بین الصورتین إذ فی کلیهما یکون بیعه مضادا لما یجب علیه الوفاء به تکلیفا أو

حقيا ثبت للمشروط له الخيار من دون ان يستلزم بطلان العقد أبدا فالصحيح هو الالتزام بصحه العقد الصادر من المشروط عليه مطلقا و يشمله عمومات حل البيع و الوفاء بالعقود و لكن للمشروط له الخيار و لا وجه للبطلان.

ثم لو قلنا ببطلان العقد الصادر من المشروط عليه فيخرج ذلك عن محل الكلام لان البحث فى تعذر الشرط ببيع المشروط عليه من اشترط بيعه ح و الكلام فى تعذر الشرط.

و هذا بخلاف ما إذا قلنا بصحه العقد من المشروط عليه لأنه ح يكون داخلا فى تعذر الشرط الذى هو محل الكلام فى الجهه الخامسه من عنوان كلام المصنف الّا أنه إذا كان المشروط عليه متمكنا من العمل بالشرط بفسخ عقده لجوازه أو شرائه منه ثانيا وجب عليه و الزم عليه بمقتضى الاشتراط فيفسخ عقده أن تمكن أو يشتريه ممن باعه منه ثانيا و يصرفه فى محله.

و هذه الصوره لا بدّ من إخراجها عن محل الكلام و فرض البحث فيما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۸۱

إذا لم يتمكن المشروط عليه من إرجاع العين الى ملكه و لو بالشراء حتى يتعذر عليه الشرط فإذا كان الأمر كذلك و قلنا بصحه بيعه فقد تعذر عليه الشرط و يثبت للمشروط له الخيار فهو ان امضى عقده أى عقد نفسه فهو، و لا كلام و أما إذا فسخ عقده فهل يرجع الى بدل عينه أو يرجع الى نفسها بفسخ العقد الواقع عليه من أصله، أو من حين الفسخ وجوه قدّمنا صحيحها و لا مزيه له على ما تقدم الّا أن العلامه (ره) ذكر فى هذه المسأله أنه إذا فسخ المشروط له يرجع الى نفس عينه بانفساخ العقد الواقع عليها من

المشـروط عليه الّـا إذا كان الواقع عليها هو العتق فإنه ح يرجع الى قيمتها لا الى نفسـها بفسـخ العتق لأن العتق مبنى على الغالب و هـذا الكلام من العلامه مما لم يفهم له معنى محصـلا أبـدا لأن معنى بناء العتق على الغالب هو أن العبـد إذا عتق منه جزء يسـرى الحريه الى جميع اجزائه و منه ضـمان أحد الشـريكين لحصه شـركه فى العبد إذا عتق نصفه أى حصه نفسه و لكنه كما كان سببا لحريه نصـفه الأخر أيضا يضمن لشريكه قيمه ذلك النصف و هذا المعنى غلبه الحريه و العتق لا أن معناه أنه إذا أعتق ملك الغير يكون هذا موجبا لحريه و المفروض أن فسخ المشروط له يكشف عن أن عتق المشروط عليه وقع فى غير ملكه فيبطل، فالصحيح ما ذكرناه من صـحه العقد مطلق و للمشـروط له الخيار و أنه إذا فسخ يرجع الى بدل العين مطلق لأن العقد الصادر من المشـروط عليه صدر من أهله و وقع فى محله و لا وجه لبطلانه (بقى هناك مسأله أن الخيار لا يسـقط بالتصـرف فى العين و نتعرض لها فى عنوان الاتى إنشاء اللّه).

و من جمله ما تعرض له المصنف (ره) هو أن للمشروط له إسقاط شرطه

قـد اسـتفدنا من القرائن الـداخليه و الخارجيه أن وجوب الوفاء بالشـرط ليس من الأحكام المجعوله للّه تعالى ابتداء فإنه ليس من الأحكام الأوليه و انما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٧، ص: ٣٨٢

هو من جهه حق المشـروط له الثابت بالاـشتراط نظير وجوب الأـداء فى الـدين فـإنه من جهه ملاـحظه حق الـدائن لا أنه مجعول ابتدائى للشارع.

و قد عرفت أن الاشتراط يوجب ثبوت حق للمشروط له على المشروط عليه عند العقلاء

أيضا و عليه فلا مانع من أن يرفع المشروط له يده عن حقه إذ به يرتفع وجوب الوفاء بالشرط و هذا أمر ظاهر الّا أن ذلك وقع مورد الخلاف بين الأعلام فى شرط العتق و قد ذهب جماعه الى عدم سقوطه بالإسقاط فإذا شرط العتق فى معامله ثم رفع المشروط له يده عن شرطه قالوا بأنه لا يوجب سقوطه، بل يجب على المشروط عليه الوفاء بالشرط مع إسقاطه المشروط له أيضا و ذلك من جهه أن فى شرط العتق ثلاثه حقوق حق للمشروط له و حق للّه تعالى، و حق للعبد و إذا رفع المشروط له يده عن حق نفسه فهو لا يستلزم سقوط الحقين الآخرين و من هنا قالوا ان إسقاط الشرط فى العتق لا يوجب السقوط هذا و لا يخفى أن كون العتق حقا للّه و للعبد مما لا يرجع الى محصل كما ذكره المصنف، لأنه أريد من كونه حقا للّه تعالى أنه أمر محبوب قد ذهب اليه الشرع فهو و ان كان كذلك الّا أنه لا يستلزم الحق و لا وجوب الوفاء عليه لأنه أمر استحبابى و الّا محبوبيه العتق للّه لا يختص بصوره الاشتراط فقط، لأنه محبوب على كل حال و لازمه وجوب العتق و لو مع عدم الاشتراط و هو مقطوع العدم لأنه مستحب لا وجوب له فضلا عن أن يكون حقا و ان أريد من كونه حقا للّه أنه أمر بالوفاء به على تقدير شرطه لأنه حق لشارط ح و هو أيضا صحيح الّا انه مشترك بين شرط العتق و غيره من الشروط فما ذا وجه عدم سقوط شرط العتق دون غيره، و اما أنه حق للعبد ففيه أن

اشتراط العتق لا يوجب حقا للعبد على المشروط عليه و ليس له المطالبه بذلك أبدا كما ذكرنا نظيره فى النذر لأنه إذا نذر شيئا على الفقراء، أو غيرهم فليس للفقراء مطالبه الناذر بالوفاء بالنذر.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۸۳

و أن أريد من ذلك أن العبد ينتفع بعتقه و اليه يرجع نفعه، ففيه أن رجوع المنفعه إليه لا- يوجب الاستحقاق إذ هو نظير ما إذا اشترط فى ضمن العقد أن يهب لثالث مالا- أو يبيعه منه بالعتق من ثمنه فإنهما يوجبان رجوع النفع الى الثالث الا أنه لا يوجب الاستحقاق و عليه فالصحيح أنه لا فرق بين شرط العتق و شرط غيره فى سقوطه بالإسقاط.

ثم ان إسقاط الشرط و الحق تاره يكون باللفظ و أخرى يكون بالفعل و هذا الأمر و ان تعرض له المصنف (ره) فى الأمر المتقدم الّا أن المناسب له ذكره فى هذا الأمر فإذا تصرف المشروط له أو عمل عملا علمنا به انه يسقط بذلك حقه فلا كلام فى سقوطه به و اما إذا لم يدل عمله على إسقاطه فلا دليل على أن مجرّد التصرف أو العمل يوجب السقوط، اللهم الّا فيما دل الدليل على كونه موجبا للسقوط كما دل على أن التقبيل و المس و نحوهما يسقطان الخيار فى خيار الحيوان الّا أن التعدى من مورد النص الى غيره غير ممكن فيما لم يقم دليل على أنه يوجب السقوط لا دليل على سقوط الخيار به كما قدمنا تفصيل ذلك فى الأبحاث المتقدمه فليراجع.

و من جمله الشروط التى ذكرها المصنف فى حكم الشروط الصحيحه أخيرا هو أن الشرط ربما لا يكون من قبيل الكم كما فى شرط الخياطه، و الكتابه، و

غيرهما، من الأوصاف و الافعال و أخرى يكون الشرط من قبيل الكم متصلا أو منفصلا و الأول كما إذا باع الثوب على أن عشره أذرع و الأرض بأنها متر و الثانى كما إذا باع ما فى الكيس من الجوز على أنه مائه عدد و لا إشكال فى أن تخلف الشرط فى القسم الأول لا يوجب الا الخيار و لهما الإمضاء مع المطالبه بالأرش بما يخصه من الشرط لأن الثمن انما يقع فى مقابل ذات المبيع و لا يقع فى مقابل الشرط أبدا و لو كان الشرط فى نفسه أمرا ممولا كما فى الخياطه على ما تقدم و أما إذا تخلف الشرط فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۸۴

القسم الثانى فأيضا لا خلاف بينهم فى ثبوت الخيار بذلك للمشروط له الّا أنه وقع الخلاف بينهم فى أنه يتمكن من أخذ الأرش و ما يخص الشرط من الثمن أو الإمضاء أو أنه كالقسم الأول لا يوجب الا الفسخ أو الإمضاء مجانا و لا يتمكن من أخذ الأرش بوجه و ربما قيل بجواز أخذ الأرش فى هذا القسم مطلقا و قيل بعدمه مطلقا و ثالث فصل بين متقارب الاجزاء، (و موافق الاجزاء) و مختلفها بالالتزام بالأرش فى الثانى دون الأول و هذا من غير فرق بين صورتى التخلف بالنقصان و التخلف بالزياده و الذى ينبغى أن يقال فى المقام هو أن البيع الشرط يتصور بحسب مقام الثبوت على أقسام و صور:- الصوره الاولى: أن يكون أصل البيع و المعامله معلقا على ذلك الكم كما ربما يعلق على كيف أو غيره من الأوصاف و الأمور كما إذا صرّح بأن بيعى لهذا الثوب مشروط بان يكون عشره أذرع بحيث

لو كان انقص لا يشتريه المشترى و لا يبيعه البائع أو صرح بأن بيعى لما فى الكيس من الجوز، معلق على ان مائه عدد و لا أبيعه إذا كان انقص كما يشتريه المشترى إذا كان ككك و فى هذه الصوره العقد باطل من رأسه لأنه من التعليق المبطل و مع البطلان لاـ يبقى للنزاع فى أن له الإمضاء مجانا أو له أن يطالب بالأرش مجال إذا البيع باطل، و ليس له الإمضاء و لا الفسخ و لا المطالبه بشى ء لعدم الموضوع و المعامله و هذا ظاهر.

الصوره الثانيه أن يكون أصل البيع منجزا على كل تقدير و لا يكون معلقا على ذلك الكم المشترط كما إذا اشترى الثوب على كل تقدير الّا أنه اشترط على البائع أن يكون ثمنه عشره دراهم إذا كان الثوب عشره أذرع و تسعه إذا كان تسعه فاصل المعامله غير معلقه الّا أن يكون الثمن عشره دراهم معلق على كون الثوب عشره أذرع و كأنه اشترى الثوب الخارجى كل ذرع بدرهم من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۸۵

دون أن يعلم أنه عشره أذرع أو أقل أو أكثر و قد تقدم فى بيع صاع من الصبره أن هذه المعامله صحيحه و لا غرر فيها بوجه لأن الثمن بمقدار المثمن ان كان زائدا فزائدا و ان كان ناقصا فناقصا و لا خطر فى هذه المعامله أصلا و العلم بما فى الصبره أو بذرع الثوب قبل قبضه و تسليمه غير معتبر لاـنه يظهر عند تسليمه بلا خطر على أحدهما فالمعامله صحيحه فى هذه الصوره و يثبت للمشروط له الخيار على تقدير عدم كون الثوب عشره أذرع مع كون الثمن بمقدار المثمن كل ذرع بدرهم.

و

بالجمله أنه اشترط فی هذه الصوره أمران:- أحدهما: أن یکون له الخیار علی تقدیر عدم تحقق الکم المشروط.

و ثانیهما: أن یکون کل ذرع بدرهم أی کون الثمن بمقدار المثمن فإذا ظهر المبیع ناقصا عن الکم المشروط فی هذه الصوره فیثبت للمشروط له الخیار أن الثمن ینقص بمقدار نقص المبیع لأنه لو کان عشره أذرع کان ثمنه عشره دراهم و حیث انه تسعه أذرع فقیمته تسعه دراهم حسب الاشتراط و لکن لا یبقی فی هذه الصوره مجال لإمضاء العقد بتمام الثمن أی بلا أخذ الأرش کما هو أحد أطراف الاحتمال فی المقام فإنه صرّح بأنه لو لم یکن عشره أذرع فلیس ثمنه عشره دراهم، بل ثمنه تسعه بمقدار المبیع فالإمضاء بتمام الثمن عند ظهور النقص فی المبیع لا یجری فی هذه الصوره.

الصوره الثالثه: ما إذا کان کل من المبیع و الثمن غیر معلقین و کلاهما منجزان علی کل تقدیر کما إذا اشتری الثوب بعشره دراهم علی کل حال ظهر ناقصا أو غیر ناقص فهذا الموجود اشتراء بهذا الثمن المعین و ان لا یدری أن المثمن عشره أو أقل الّا أنه اشترط علی البائع الخیار لنفسه علی تقدیر ظهور النقص فی المبیع و عدم کونه عشره أذرع و المعامله فی هذه الصوره صحیحه أیضا و العلم بمقدار المبیع مما لا دلیل علی اعتباره فی غیر

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۳۸۶

المکیل و الموزون الّا من جهه استلزم الجهل بمقدار الغرر الا أنه للنص کما مرّ فی محله تفصیل ذلک فراجع.

و فی هذه الصوره یثبت للمشروط له الخیار عند ظهور النقص فی المبیع و له أن یمض العقد بتمام الثمن أیضا الّا أنه لا یتمکن فی هذه

الصوره من إمضائه مع المطالبه بالأرش و قيمه الناقص لأنه بلا موجب إذ المفروض أن المعامله وقعت على هذا الموجود بهذا الثمن الموجود لا ـ بأقل منه فاحتمال إمضائه مع الأرش الذى هو أحد الاحتمالات فى المسأله غير جارى فى المقام فلا يجتمع أطراف الاحتمالات المذكوره فى صوره واحده.

و منه يظهر أن موردى النص و الإثبات فى كلمات الأصحاب متعدد و معه يكون النزاع لفظيّا لأن من يقول بجواز الإمضاء مع المطالبه بالأرش نظره الى الصوره الثانيه كما أن من أنكر الإمضاء مع الأرش و لم يجوز أخذ الأرش فنظره الى الصوره الثالثه و هما مختلفان فالنزاع لفظى هذا كله بحسب مقام الثبوت.

و أما فى مقام الإثبات فيما إذا قال بعتك هذا الثوب بعشره دراهم على أنه عشره أذرع فإن أرجعنا قوله على يعنى الشرط و التعليق إلى أمرين أحدهما التزامه بالمعامله الذى معناه الخيار و ثانيهما ان هذه العشره فيما إذا الثوب عشره أذرع أى أرجعناه إلى المثمن يكون من التعليق فى الثمن و كأنه اشترى كل ذرع بدرهم فيثبت بذلك ما ذكره المصنف من أن له الإمضاء مع المطالبه بالأرش و قيمه النقص.

و بعباره أخرى تكون المعامله ح من قبيل الصوره الثانيه التى يكون التعليق تعليقا لأمرين أحدهما الخيار و الالتزام بالمعامله، و ثانيهما كون الثمن عشره دراهم بمعنى أن كون الثمن عشره دراهم معلق على كون المبيع عشره أذرع، فان لم يكن كك فالثمن أيضا لا يكون عشره دراهم، بل بالنسبه و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۸۷

و لا يبقى لما ذكره جامع المقاصد من الإمضاء بلا مطالبه الأرش مجال لأنه من التعليق فى الثمن كما مر.

و أما إذا أرجعناه أى قوله

على الى خصوص الالتزام بالمعامله فقط لا اليه و الى كون الثمن عشره دراهم الراجعه إلى الصوره الثالثه فيثبت به ما ذكره جامع المقاصد من أنه يثبت له الخيار و له الفسخ و الإمضاء من دون مطالبه الأرش، لأنه باع الثوب بعشره دراهم بلا تعليق و لكن الظاهر المطابق للمستفاد العرفى من مثل التعليق المذكور هو ما ذكره المحقق الثانى من أنه يرجع الى الالتزام بالمعامله فقط، و بعدمه يثبت له الخيار و لذا قال بأن الإشاره مقدمه على العنوان بمعنى أنه أشار الى الموجود الخارجى و قال بعتك بكذا فالموجود مبيع فى مقابل الثمن كائنا ما كان لا أنه يرجع الى أمرين أحدهما الالتزام و ثانيهما كون الثمن كذا مقدار بمعنى التعليق فى الثمن لأنه و ان كان أمرا ممكنا كما ذكرناه الا أنه محتاج الى التصريح به فى مقام الإثبات و مجرّد الظهور اللفظى و التعليق لا يكفى فيه لأن ظاهره أنه تعليق للالتزام بالمعامله، بل ربما يصرّح به البائع أو المشترى و لا يرون الشرط الّا تعليقا من الالتزام بالمعامله لا أنه تعليق فيه و فى الثمن كما هو ظاهر بحسب الفهم العرفى فما افاده المصنف لا يمكن المساعده عليه هذا كله فى طرف ظهور النقص.

و كذا الحال فما إذا ظهرت الزياده لأن البائع تاره يعلق أصل بيعه بأن لا يكون زائدا على عشره أمتار فى بيع الأرض مثلا و قد عرفت أنه باطل و لا يجرى فيه هذا النزاع أى الإمضاء مجانا أو مع مطالبه الأرش و اخرى يعلق التزامه بالمعامله على كونه عشره أذرع كما يعلق كون ثمنها عشره دراهم على كون الأرض عشره أذرع و كأنه يشترط بيع كل

ذرع منها بدرهم و عند التخلف يثبت له الخيار و الزياده باقيه فى ملكه كما أن له أن يفسخ المعامله

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۸۸

فى عشره أذرع المبيعه أيضا لأنه له الخيار (لأن الغرض التخلف بالزياده) و ثالثه يبيع هذه الأرض بهذا الثمن منجزا و لكنه يجعل لنفسه الخيار فقط من دون أن يكون الزياده له لأن الفرض أنه باع الأرض بأجمعها بعشره دراهم هذا بحسب مقام الثبوت.

و أما فى مقام الإثبات فإن أرجعنا التعليق إلى أمرين أحدهما الالتزام بالمعامله و ثانيهما كون ثمنه عشره دراهم أى كل ذرع بدرهم بالمعنى المتقدم أعنى كون ثمنه عشره دراهم معلق على كون الأرض عشره أذرع فإن زاد يزيد و ان نقص ينقص الذى هو الصوره الثانيه فيثبت له الخيار مع مطالبه بالزائد كما ذكره المصنف و ان أرجعناه إلى خصوص التعليق فى الالتزام الذى هو الصوره الثالثه فيثبت له الخيار فقط دون استحقاق الزياده كما ذكره جامع المقاصد، و قد عرفت أن الظهور اللفظى على طبق ما ذكره جامع المقاصد و عليه فالظاهر أن تخلف الشرط فى الكم فى جميع صور الأربعه أعنى متوافق الاجزاء كما فى الثوب و مختلف الاجزاء كما فى الأرض لجوده بعضها و رداءه بعضها الآخر أو الدار لاختلاف اجزائها كان التخلف بالنقص أم كان بالزياده لا يوجب الّا الخيار و لا يجوز مطالبه الأرش معه، لأن التعليق بحسب المتفاهم العرفى يرجع الى الالتزام بالمعامله و نتيجته الخيار و لا يرونه راجعا الى كون المثمن عشره أذرع الذى نتيجته تعليق الثمن و كون الثمن بقدر المثمن.

و أما ما افاده المصنف فى الجواب عن ذلك بانا لا ننكر أن البيع على أنه

عشره أذرع بيع مع الاشتراط إلّا أنا ننكر أن يكون كل شرط غير مقابل بالمال و لا يتقسط اليه الثمن فهو لا يرجع الى محصل لأن فرض كون التعليق المذكور شرطا فرض عدم وقوع المال فى مقابله و الشرط مع كونه مقابلا بالمال مما لا يجتمعان فالحق ما افاده جامع المقاصد كما تقدم.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۸۹

القول فى حكم الشرط الفاسد

اشاره

و الكلام فيه يقع فى جهات كما ذكره المصنف:-

الجهه الأولى: لا إشكال فى أن الشرط الفاسد لا يجب الوفاء به و لا إلزام بفعله شرعا،

اشاره

لأنه معنى الفساد فى مقابل الصحه و الإلزام به، فمعنى أنه فاسد أنه لا إلزام بفعله، و لا يجب على المكلف أن يفى به، فالشرط الفاسد بما أنه شرط لا حكم له، نعم إذا كان الشرط الفاسد فى نفسه مشروعا لا مانع من أن يأتى به المشروط عليه لأنه وعده و هذا ظاهر و ينبغى أن يكون محل الكلام هو الشرط الفاسد الذى لم يدل دليل على صحته مع فساد شرطه.

و انما الكلام فى أن الشرط الفاسد إذا لم يقم دليل على فساد العقد معه أو صحته معه، و عليه فمثل بيع الخشب مشروطا بأن يجعله المشترى صنما خارج عن محل الكلام لأن فساد العقد فى مثله لأجل النصوص، بل بطلان البيع المذكور غير مستند الى الاشتراط لأنه باطل حتى فى صوره عدم اشتراطه فيما إذا علم البائع أنه يجعله صنما كما تقدم ذلك فى محله و ذكر هناك المصنف أن النص هو الفارق بين بيع الخشب ممن يعلم أنه يجعله صنما و بيع العنب ممن يعلم أنه يجعله خمرا حيث ان الأول باطل و الثانى، صحيح و لا فرق بينهما الّا ورود النص فى الأول على البطلان دون الثانى، كما هو ظاهر، و كذا البيع مشروطا ببيعه من البائع ثانيا فإنه و ان كان باطلا الّا أنه من جهه دلاله الاخبار على بطلانه و هى الأخبار المعنونه بأخبار العينه و الّا فالشرط اعنى البيع ثانيا صحيح فى نفسه.

و من هنا لو اشترط بيعه من شخص آخر يصح بلا كلام، لأنه من قبيل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۹۰

شرط فعل سائغ فى نفسه و انما

دلت الأخبار على بطلان العقد عند مقارنته بالشرط المذكور لا أن الشرط فسد و أوجب فساد المشروط و لعله ظاهر فهذا الموارد خارجه عن محل الكلام كما أن الشرط الفاسد إذا أوجب فقد شرط من شروط البيع تكوينا و يكون خارجا عن محل الكلام كما إذا اشترى شيئا و اشترط عليه عماره داره و لا ندرى أن داره وسيعه أو ساحتها ضيقه و هو يوجب اختلاف القيمه لا محاله و لكون المعامله غرريه بالوجدان لأنه أمر خطرى لعدم علمه بمقدار ما التزمه من مخارجات العماره فيكون البيع فاسدا فى نفسه لفقد شرط من شروطه و هو عدم كونه غرريه و البطلان فى هذه الصوره مستند الى فقد شروط صحه البيع فى نفسه و هذا أيضا خارج عن محل الكلام (و كما إذا باع و اشترط أن يكون ما فى كيس المشترى من المال له مع عدم علمه بمقدار ما فى الكيس) و من هذا القبيل ما إذا اشترطه الخيار فى عقد النكاح فان الفقهاء قد ذهبوا الى أنه يوجب فساد النكاح و لم يتبيّنوا وجه بطلانه أى بطلان النكاح.

و قد ذكرنا الوجه فى ذلك سابقا و أشرنا إليه فى حواشينا على كتاب العروه و ملخصه أن الأدله دلت على أن النكاح لا يخلو من أحد القسمين لأنه اما دائمى أو موقت بوقت مضبوط، و يعبّر عنه بالانقطاع و التمتع كتوقيه بشهر أو شهرين و نحوهما، و قد عرفت أن معنى جعل الخيار فى معامله تحديد ذلك المنشأ بالفسخ لأن الإهمال فى الواقع غير معقول فالمنشأ للمتعاقدين اما هو الملكيه أو الزوجيه على نحو الإطلاق و أما هو الملكيه أو الزوجيه المقيده بوقت أو شى ء، و

معنى جعل الخيار أن المنشأ ليس هو الملكيه المطلقه، بل الملكيه الموقه بزمان الفسخ أو الزوجيه الموقته بزمان فسخها.

و حيث أن أصل الفسخ و زمانه غير معينين، فيكون جعل الخيار فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۹۱

عقد النكاح إنشاء الزوجيه الانقطاعيه المقيده بوقت غير معلوم، و قد عرفت أن النكاح لا يخلو عن أحد القسمين، فإنه إما استمرارى و دائمى، و اما موقت بوقت مضبوط، و لا ثالث لهما، فالموقت بوقت غير معلوم باطل، فالشرط فى هذه الصوره قد أوجب فقد شرط من شروط صحه النكاح أعنى التوقيت بوقت مضبوط و هذا أيضا خارج عن محل الكلام.

فالبحث متمحض فى الشرط الفاسد الذى لا يدل دليل على بطلان العقد معه و لا يوجب فقد شرط من شروط صحه العقد تكوينا فالكلام يقع فى أنه هل يوجب سرايه الفساد الى المشروط أولا و هذا كما إذا اشترط فى ضمن عقد أن يشرب الخمر أو يكذب أو يترك واجبا فهل فساد الشرط فى المثالين يوجب فساد العقد أولا.

الصحيح أن الشرط الفاسد لا يوجب فساد المشروط أبدا وفاقا لمحققين من المتأخرين كالعلامه و الشهيدين و المحقق الثانى خلافا لبعض المتقدمين كالشيخ و من تبعه.

و الوجه فى ذلك أن الشرط غير راجع الى تعليق أصل المعامله بوجوده و الّا لكانت المعامله باطله فى نفسها كان شرطها فاسدا أم لم يكن، لأن التعليق فى العقد يوجب البطلان.

بل، الشرط الذى بمعنى الربط يربط شيئين آخرين فى كل معامله فإنه يستلزم تعليق أصل المعامله بالتزام الطرف بالشرط (فى شرط الأفعال الاختياريه و منه يظهر حال شرط النتيجه أيضا) بحيث لو لا التزامه به فعلا فلا بيع بينهما أصلا و مثل هذا التعليق

لا يوجب البطلان لأنه تعليق بأمر حاصل بالفعل و هما يعلمان بوجوده فالمعامله تتحقق بتحقق التزام المشروط عليه بالشرط كما يستلزم تعليق التزام البائع مثلا ببيعه على إيجاد المشروط عليه الشرط خارجا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۹۲

بل، ربما يصرح بأنک ان لم تأت بکذا فلا التزام بالمعامله و هذا التعليق يوجب الخيار على تقدير عدم إيجاد المشروط عليه ما وجب في حقه و عليه فإذا باعه شيئا بشرط أن يرتکب محرما أو يرتکب ترک واجبا فقد علق أصل بيعه على التزام المشروط عليه بذلک المحرم كما علق التزامه به بإيجاد ذلک المحرم فى الخارج، فإذا التزم المشروط عليه بذلک المحرم عصيان أو غفله عن أنه حرام أو جهلا بالموضوع كما اشترط عليه شرب مائع مخصوص، و التزم بشربه ثم ظهر أنه خمر فلا محال تكون المعامله صحيحه بحصول ما علقه عليه و هو التزام الطرف بالحرام (بمعنى أن تعليق الخيار بالالتزام بالحرام كترک الصلاه و نحوه لا يوجب الحرمه و لا البطلان) و شرط الالتزام بالحرام فى المعامله ليس شرطا مخالفا للكتاب و لا للسنه فلا حرمه فيه، و هو شرط سائغ و حيث انه حاصل بالفعل فالمعامله متحققه و يشملها العمومات فلا يكون فساد الشرط المذكور شرعا موجبا لبطلان المعامله لأنها لم يعلق على وجود الشرط فى الخارج حتى ينتفى بانتفائه، و انما علقت على التزام المشروط عليه بالشرط و المفروض أن الالتزام به حاصل فالمعامله متحققه و لا وجه لبطلانها، و الى هنا تحصل أن المقتضى لصحه المعامله موجود، فلا بد من ملاحظه أنه هل هناک مانع عن صحتها أو لا مانع عنها أيضا (تتميم) قد عرفت أن الشرط إذا أوجب فقد

شرط من شروط العقد تكوينا فلا- محاله يوجب فساد العقد الّا أنه خارج عن محل الكلام كما عرفت أمثلته و من ذلك ما إذا اشترط أمرا مخالفا لمقتضى العقد كما إذا اشترط عدم التملك فى البيع فان هذا الشرط يوجب عدم قصده البيع لا محاله و البيع لا مع القصد باطل لانتفاء شرطه، و هو العقد و القصد معا و هذا أيضا خارج عن محل الكلام.

و ذكر شيخنا الأستاذ أنه إذا باع شيئا و اشترط عليه أن يصرفه فى أمر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۹۳

حرام كما إذا باعه العنب و اشترط عليه أن يصرفه فى الخمر يكون ذلك الشرط موجبا لفقد شرط صحه البيع و به يخرج عن محل الكلام.

و الوجه فى ذلك أن المبيع ح مما لا- منفعه محلله مقصوده فيفسد بيعه لأن الانتفاع منه يجعله خمرا قد حرمه الشارع و ألغاه و الانتفاع به فى غيره من الأمور المحلله مما اشترط البائع عدمه على المشترى و عليه فلا منفعه مقصوده للمال فيفسد بيعه و نظيره ما إذا باعه شيئا و اشترط عليه أن يقامر به و تقريبه ظاهر هذا و لكن الأمر ليس كك لأن الاشتراط المذكور ان كان يمضى شرعا كما إذا أمضاه الشارع و أنفذه فهو يدل على جواز صرفه فى المورد المذكور لأنه مما أمضاه الشارع أى ألزمه على أن يصرفه فيه و هو من المنافع المقصوده المحلله بالإمضاء و أن لم يعلق عليه الإمضاء شرعا فهو ساقط و لا اعتبار به بمعنى أن المشترى أراد أن يصرفه فى غير مورد الاشتراط لأن شرط عدم صرفه فى غير مورد الشرط وقع فاسدا و على كل حال لا يستلزم

هذا الشرط فقد شرط من شروط صحه البيع فهذا الاشتراط داخل فى محل الكلام نظير غيره من الشروط الفاسده.

نعم، كبرى المسأله كما عرفتها تامه لأن كل شرط استلزم فقد شرط من شروط صحه البيع فهو مفسد للعقد و يخرج عن محل الكلام و أن كان تطبيقها على المثال المذكور غير تام فالبحث متمحض فى الشرط الفاسد فى نفسه من دون أن يستلزم فقد شرط فى أصل المعامله كما عرفت فلنرجع الى ما كنا بصدده.

و الوجوه التى استدل بها على فساد العقد بفساد شرطه ثلاثه

الأول أن للشرط قسطا من الثمن لا محاله

فإذا صح الاشتراط فلا اشكال لوقوع مجموع الثمن فى مقابل مجموع المثمن و هما معلومان و أما إذا فسد الشرط و لم يمض شرعا فقهرا لا ينتقل إلى البائع مثلا ما يقع فى مقابل الشرط لا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۹۴

محاله و حيث أن ما يقابله مجهول فيستلزم ذلك الجهل بالثمن الواقع فى مقابل ذات المبيع فيبطل المعامله و الجواب عن ذلك مضافا الى النقض بالشرط الفاسد فى النكاح كما نقضه الشيخ (ره) أن الثمن لا يقع فى مقابل الشرط أبدا صحيحا كان الشرط أم فاسدا و انما يقع المال فى مقابل ذات المبيع.

نعم، الشروط مما يوجب زياده القيمه لا أنها يقع فى مقابل المال و من هنا قلنا ان الشرط إذا تعذر ثبت للمشروط له الخيار فقط و ليس له مطالبه المشروط عليه ما يقابل الشرط من الثمن و ليس هذا الّا من جهه أن الشرط قيد خارجى يوجب زياده القيمه و لا يقع بإزائه شى ء من المال، هذا أولا.

و ثانيا: أن ما يقابل الشرط من الثمن فيما إذا قلنا بمقابلته للمال ليس أمرا مجهولا بل حاله حال الوصف فى أن الموصوف بالوصف قيمه و لفاقده قيمه أخرى،

و کـذا شـراء الثوب بشـرط الخیاطه له قیمه و شـرائه بـدونها له قیمه أخری معلومه عند الناس و لا جهاله فیما یخصه من الثمن، و هذا ظاهر.

و ثالثا: بعد الغض عما تقدم أن المعتبر من العلم بمقدار الثمن و المثمن هو العلم بمقدار مجموعها و لا یعتبر العلم بقیمه کل جزء جزء من المبیع، بـل العلم بقیمه مجموع المـال کـاف فی صـحته و لیکن حـال الشـرط کالجزء فکما إذا باع مال نفسه و مال غیره بثمن واحد صـفقه واحده ثم ظهر أن نصفه للغیر لا یکون المعامله الواقع علی مال نفسه باطله مع عدم العلم بما یقع فی مقابله من الثمن فکذلک المقام أو إذا باع خمرا و خلا بقیمه أو شاه و خنزیرا یقع المعامله فی الخل و الشاه صحیحه بما یخصهما من الثمن مع عدم معرفتهما لما یخصهما من المال فکذا نقول فیما نحن فیه ان العلم بقیمه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۳۹۵

مجموع المبیع و الشرط یکفی فی صحه المعامله

و لا یشترط فی صحتها معرفه ما یخصّ المبیع من الثمن فهذا الوجه الثانی

الـذی هو المهم فی المقـام هو أن التراضـی المعتـبر فی المعاملات معلق علی المعـامله مع الاـشتراط و لاـ یرض البـائع بالمعـامله المجرّده عن الشـرط فان المقیـد ینتفی بانتفاء قیده فیکون العقد الواقع علی ذات المبیع من التجاره لا عن تراض و هو باطل لقوله عزّ من قائل لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَهً عَنْ تَراضٍ.

و الجواب عن ذلک یظهر مما أشرنا إلیه سابقا.

و حاصـله أن الرضـی المعـاملی عنـد الإنشـاء لم یعلق علی وجود الشـرط فی الخـارج و الّـا لکـانت المعامله باطله لأنه من التعلیق المبطل و لو فرضنا صحه التعلیق أیضا تکون المعامله باطله فیما نحن فیه

لعدم حصول ما علق عليه على الفرض و المعلق ينتفى عند عدم المعلق عليه لا محاله و هذا من غير فرق بين الشروط الصحيحه و الفاسده و لازمه بطلان العقود و الإيقاعات عند الاشتراط مطلقا لأنه تعليق أو عند عدم حصول المعلق عليه إذا قلنا بصحه التعليق مثلا.

و حيث ان العقود و الإيقاعات لا تبطل عند اشتراط شى ء فى ضمنهما أو عند عدم حصول شرطها فنستكشف من ذلك أن الرض المعاملى لم يعلق على وجود الشرط فى الخارج و الالتزام بإيجاده لما كان حاصلا عند المعامله و هما يعلمان بوجوده فلا يكون التعليق على مثله مبطلا و من الظاهر أن الالتزام بإيجاد الشرط فى المقام حاصل لأنه التزم به على الفرض و تكون المعامله تامه و متحققه و كون ذلك أمرا محرما لم يمضه الشارع مطلب آخر غير مربوط بحصول المعلق عليه للمعامله كما هو ظاهر.

نعم، ربما يكون البائع بحيث لو كان عالما بحرمه ذلك الشرط أو كان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۳۹۶

عالما بعدم إمضاء الشارع له لما أقدم على المعامله و انما أقدم عليها باحتمال أن الشارع يمض الشرط المحرم فى المعامله تقصيرا أو قصورا.

الّا أن ذلك من باب تخلف الدواعى و هو لا يستلزم البطلان و الّا لزم بطلان المعامله فما إذا كان البائع بحيث لو علم بترقى قيمه المبيع لم يبيعه أو علم بأن المشترى لا يعمل بشرطه أو لا يدفع اليه ثمنه لم يقدم على المعامله مع أن المعامله فى الأمثله صحيحه غايه الأمر ثبوت الخيار له فى بعض الفروض كعدم دفعه الثمن أو عدم وفائه بالشرط و هكذا.

و الوجه فى ذلك أن تخلف الدواعى لا ربط له بالرضا

المعاملی ابـدا فالرضـی موجود لتحقق ما علق علیه و هو الالتزام و یشـمله عموم أحل اللّه البیع و غیره من العمومات و معه لا وجه للبطلان.

و مما ذکرنا یظهر الفرق بین الصور النوعیه العرفیه و بین شرط الفعل أو الوصف أو غیرهما مما لا یرجع الی المثمن أو الثمن لأن اختلاـف الصوره النوعیه العرفیه و تخلفهـا یوجب بطلاـن المعامله و التعلیق علی مثلها صـحیح لأنه تعلیق علی الموضوع فإذا باعه عبـدا فظهر جاریه فالمعامله باطله عند العرف لأن معنی بعتک هذا العبد أی بعتک هذا الموجود علی أنه عبد مشـروطا بأنه ککک فإذا ظهر جاریه فالمعلق علیه لم یتحقق فی المعامله فهی باطله إذا العرف یری کلا من الجاریه و العبـد فردتین متباینین و أحدهما غیر الأخر.

نعم، هما بحسب النظر الفلسفی واحد حقیقه و اختلافهما اختلاف وصف عرضی غیر ذاتی الّا أن المدار فی الصحه و البطلان هو تخلف الصور النوعیه العرفیه دون الفلسـفیه و هـذا بخلاـف اشتراط غیر الصور النوعیه لأـن تخلفه لا یوجب البطلان و المعامله لا تتعلق علیه و الّا بطلت من رأسها کما هو ظاهر.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۳۹۷

الوجه الثالث: الاخبار المسماه بأخبار العینه

و قـد تقـدم الجواب عنهـا آنفـا و سابقا و حاصل الجواب أن مورد دلاله الـدلیل علی فساد المعامله عنـد فساد شـرطها خارج عن محل الکلام لأن الشرط فیها غیر فاسد فی نفسه إذ البیع من البائع لیس أمرا مخالفا للکتاب و السنه.

فلو سـلمنا دخوله فی محـل الکلام فهو نص ورد فی خصوص البیع النسـیه مشـروطا ببیع المشتری له ثانیا نقـدا فنلتزم ببطلان هـذا الشرط و إفساده العقد فی مورده اعنی خصوص بیع النسیه فمن أحد شرائط صحتها ان لا یشترط

فیها بیعه من البائع ثانیا و لو مع کون هذا الشرط فی نفسه صحیحا فهو باطل للنصّ أو لأنه دوری علی ما ذکره العلامه (ره) فهذا الروایات خارجه عن محل الکلام.

و أما روایه عبد الملک الوارده فی حکم من یشتری شیئا و یشترط علی البائع أن تکون خساره المشتری علی بایع المال فقال علیه السلام لا ینبغی فهی أیضا لا تدل علی فساد العقد عند فساد شرطه لأن قوله علیه السلام لا ینبغی لم یعلم أنه راجع الی أصل هذه المعامله و البیع أی البیع المذکور مما لا ینبغی أو أن هذا الاشتراط لا ینبغی.

ففی الثانی یخرج عن محل الکلام لأنه نهی ورد علی الشرط ابتداء و ساکته عن بطلان البیع و هو ظاهر.

و علی الأول یکون داله علی بطلان العقد بفساد شرطه، بل علی هذا أیضا یخرج عن محل الکلام لأن البحث فی الشرط الفاسد الذی لم یدل دلیل علی فساد العقد به، و علی الأول یکون داله و لکن الروایه لا دلاله لها علی أحدهما فهی مجمله لا دلاله فیها علی المطلب، هذا أولا.

و ثانیا: ان قوله علیه السلام لاـ ینبغی، لاـ یفید الفساد و انما یفید الکراهه و لا ربط لها بالفساد فنذهب ان المعامله مع الشرط المذکور مکروهه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۳۹۸

و کلامنا فی الصحه و الفساد.

و ثالثا: نذهب ان قوله علیه السلام لا ینبغی، نص فی الفساد، و التحریم الّا أنه لا یقتضی الحکم بفساد العقد عند فساد شرطه مطلقا لأنه نص ورد فی مورد خاص و هو البیع بشرط کون خساره المشتری علی البائع و لا نتعدی عنه الی غیره.

و رابعا: أن دلاله الروایه علی فساد

العقـد بفسـاد شـرطه مطلقـا أو فی موردهـا متوقف علی أن یکون المراد من کون خسـاره المشتری علی البائع ضـمان البـائع لما یخسـره المشتری فی بیعه المبیع فـإنه أمر علی خلاـف الکتاب و السـنه إذ لا وجه فخساره احـد و کون الآخر ضامنا علی خسارته شرعا.

و أما إذا کان المراد من الاشتراط المذکور شرط جبران خساره المشتری بمال البائع بأن یکون الشرط شرط و هو أن یعطیه البائع مقدارا من ماله للمشتری إذا خسـر، فالروایه تکون خارجه عما نحن فیه لأن الشـرط المذکور ح شـرط سائغ مباح لا فساد فیه أبدا حتی یستلزم فساد العقد أیضا کما ذکرناه سابقا فتکون الروایه أجنبیه عن المقام و معتبره فی خصوص موردها.

و الی هنا تحصل أن العقـد لا یفسد عند فساد شـرطه و لا وجه لفساد العقد ابدا مع اقتضاء العمومات صـحته لأنه بیع و عقد و هو صحیـح علی طبق القاعـده و تعضـد القاعـده جمله من الاخبار فی صـحه العقـد عند فساد شـرطه فمنها ما عن المشایخ الثلاثه فی الصـحیح عن الحلبی عن الصادق علیه السلام أنه ذکر أن بریده کانت عند زوج لها و هی مملوکه فاشتراها عائشه فأعتقها فخیرها رسول اللّه (ص) فقـال أن شـائت قعـدت عنـد زوجهـا و ان شائت فارقته و کان موالیها الـذین باعوها اشترطوا علی عائشه أن لهم ولائها فقال (ص) الولاء لمن أعتق حیث منع (ص) من الشرط لفساده و لم

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۳۹۹

یمنع عن أصل البیع المشروط به.

و منها مرسله جمیل و صـحیحه الحلبی الأولی عن أحدهما (ع) فی الرجل یشتری الجاریه و یشترط لأهلها أن لا یبیع و لا یهب و لا یورث قال قضی

بذلک إذا اشترط لهم الّا المواریث.

و هذه الروایه أیضا دلّت علی منعه علیه السلام عن شرط عدم الإرث مع تصحیحه العقد و سائر الشروط و غیرها من الأخبار.

و هذه الأخبار أیضا یقتضی صحه العقد عند فساد شرطه و قد عرفت أن الصحه هی المطابقه للقاعده بحیث لم تکن تحتاج معها الی الأخبار.

و لو لا هذه الأخبار أیضا کنا نحکم بصحه العقد و عدم سرایه الفساد من الشرط الیه هنا.

ثم انه ربما یستدل علی ما ذکرناه من عدم سرایه الفساد من الشرط الفاسد الی العقد

بان فساد العقد من جهه فساد شرطه أمر مستحیل فی مقام الثبوت.

و الوجه فیه أن صحه الشرط بمعنی وجوب الوفاء علیه متوقف علی صحه العقد إذ وجوب الوفاء بالشرط مانع لوجوب الوفاء بالعقد بمعنی أنه انما یکون واجب الوفاء فیما إذا وقع فی ضمن عقد صحیح و هذا التوقف ظاهر و لذا قلنا ان الشرط الغیر المذکور فی ضمن العقد شرط ابتدائی لا یجب الوفاء علیه و علی ذلک إذا کان صحه العقد أیضا متوقفه علی صحه الشرط کما هو معنی کون العقد فاسدا بفساد شرطه لدار و هذا ظاهر.

و ذکر المصنف أن فی هذا الاستدلال ما لا یخفی و هو کما أفاده فإن وجوب الوفاء بالشرط و ان کان متوقفا علی صحه العقد کما عرفت الا أن صحه العقد لا تتوقف علی وجوب الوفاء بالشرط، بل یتوقف علی ملزوم وجوب الوفاء بالشرط و ملزومه أن لا یکون فاسدا أی أن لا یکون منافیا لمقتضی العقد و لا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۴۰۰

یکون مخالفا للکتاب و السنه و هکذا فیما تتوقف صحه العقد علی أمر عدمی و هو غیر ما یتوقف صحه العقد فلا دور.

و لأجل فساد هذا الاستدلال لم یتعرض المصنف للجواب عنه

هـذا تمـام الكلام فى بيان صـحه العقـد عنـد فساد شـرطه بقى الكلام فى أنه هل يثبت للمشـروط له الخيار، ح أو لا خيار له ذكر المصنف احتمالين فى المقام.

ثم انه ربما يستدل على الصحه بأن صحه الشرط فرع على صحه البيع.

فلو كان الحكم بصـحه البيع موقوفا على صـحه الشـرط لزم الدور و أجاب المصنف عن ذلک بأن فيه ما لا يخفى و الانصاف أن المسأله فى غايه الاشكال و لم يبين وجهه لوضوحه و هو أنه لا تتوقف صحه كل من الشرط و العقد على صحه الأخر.

أمـا الأـول فلأـن صـحه الشـرط و كونه لازم الوفاء فرع وجود الـدليل عليه من وجوب الوفاء بالشـرط أو غيره و لا شـبهه أن هـذا المعنى لا يتوقف على صحه العقد المتوقف على شمول دليل صحه العقد عليه، نعم تتوقف صحه الشرط على الشروط المذكوره لصحه الشرط التى ذكر من جملتها أن لا يكون الشرط ابتدائيا و ليس من جملتها صحه البيع.

و اما الثانى: فلأن صـحه العقد لا تتوقف على وجود الشـرط فى ضـمن العقد فضلا عن ان تتوقف على صحته، نعم إذا فسد العقد لا يبقى مجال لوجوب الوفاء بالشرط لأنه يصح ح شرطا ابتدائيا و على الجمله فهذه الدعوى أيضا فاسده.

ثم انه على تقدير صـحه العقد مع فساد الشرط فهل يثبت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط أولا، و قد وجّه المصنف فى صدر كلامه الاحتمالان:- الأول: بدعوى أنه فى حكم تخلف الشرط الصحيح، فان المانع الشرعى

كـالعقلى فيـدل عليه مـا يـدل على خيـار تخلف الشـرط، ثم ذكر أنه لاـ فرق فى الجهل المعتبر فى الخيار بين كونه بالموضوع أو الحكم

الشرعى و لذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار أو فوريته ثم عدل عند هذا الاحتمال و وجه الاحتمال.

الثانى: بدعوى أن العمده فى خيار تخلف الشرط هو الإجماع و أدله نفى الضرر أما الإجماع فهو منفى فى المقام لمخالفه كثير من الفقهاء و ذهابهم الى فساد العقد بفساد الشرط كالمحقق و غيره، بل حكى عدم القول بالخيار من أحد من المتقدمين و أوائل المتأخرين فالإجماع غير متحقق و مع ذلك لا مجال لدعوى الإجماع على ثبوت الخيار فى المقام للمشروط له على تقدير تخلف إذا كان جاهلا بالحال.

و أما أدله نفى الضرر، فذكر المصنف أنه لو صح العمل بعمومها لزم منه تأسيس فقه جديد خصوصا إذا جعلنا الجهل بالحكم الشرعى عذر فرب ضرر يترتب على المعاملات من أجل الجهل بأحكامها خصوصا الصحه و الفساد، فإن ضروره الشرع قاضيه فى أغلب الموارد بان الضرر المترتب على فساد معامله مع الجهل به لا يتدارك به على أن الضرر فى المقام ليس من ناحيه إلزام الشارع حتى يرتفع بدليل نفى الضرر، بل انما هو ناش من اقدام المتضرر، فلا يكون ذلك مشمولا لذلك، هذا كله مع أنا قد ذكرنا فى خيار الغبن أن دليل نفى الضرر غريب عن إثبات الخيار بالكليه أصلا، فإنه لا يتكفل لإثبات الحكم الشرعى أصلا، و انما شأنه نفى الحكم الشرعى الضررى كما هو واضح.

و بعباره أخرى أن معنى الخيار كون المنشأ محدودا بالفسخ و أدله الإمضاء أيضا تمضى هذا المنشأ لا أضيق منه و لا أوسع منه و الّا فلا تكون العقود تابعه للقصود.

نعم، قد يكون الإمضاء الشارع أوسع مما إنشائه المتعاملان و قد يكون

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۰۲

أضيق منه كما فى

خيـار المجلس حيث ان المتعاقـدين أنشـأوا البيع لازما من الابتـداء و الشارع جعله لازما بعـد الافتراق و كـذا فى بيع الحيوان بعد ثلاثـه أيـام و فى بيع الصـرف إنشاء و الملكيه من الابتـداء و الشارع أمضاها بعـد القبض و فى غير الموارد التى ورد الـدليل على التوسـعه أو التضـيق فلا يمكن التخلف، بل ما أنشأه المتعاقدان هو الممضى للشارع و إذا كانت المعامله المنشئه محدوده بالفسخ فترتفع بالفسـخ، و هـذا معنى جعل الخيار فيكون ثابتا بالشـرط الضـمنى الذى مرجعه الى تحديد المنشأ بالفسخ و ارتفاع العقد به كما هو واضح.

نعم، إمضاء الشارع للشرط بمعنى إيجاب الوفاء به فى الخارج مرتفع لأنه فاسد و لا يلزمه الشارع بإيجاد المحرم فى الخارج و أما كون المشروط له متمكنا من الفسخ على تقدير عدم ارتكاب المشروط عليه بالحرام أو ترك الواجب فلا مانع له ابدا.

نعم، ظرف ثبوت الخيار و هو ارتكاب الحرام مبغوض للشارع و غير ممضـى لإثبات الخيار له فى ذلك الظرف و هـذا نظير ما لو جعلا الخيار لأحـدهما من الابتـداء عند عمل المشـروط عليه بالحرام أو إتيانه الواجب (لا أنه يشترط شـيئا و يكون نتيجته الخيار) فـإنه مما لم يـذهب أحـد إلى بطلانه و عـدم ثبوت الخيار له عنـد إتيان الواجب أو ترك الحرام، فالخيار ثابت للمشـروط عليه لا محاله و هذا من غير فرق بين علمهما ببطلان الشرط و حرمته، و جهلهما و بين جهل أحدهما و علم الآخر و هذا ظاهر.

و منه يظهر أن هـذا الخيار ليس ثابتا من ابتداء العقد بدعوى أنه متعذر من الأول لأن الممنوع الشـرعى كالممنوع العقلى، بل انما يثبت له فيما إذا لم يف المشروط عليه بالشرط و

لو كان فاسدا فإذا فرضنا أنه ارتكب المحرم عصيانا فلا يثبت للمشروط له الخيار، لأنه إنما جعله على تقدير عدم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۰۳

إتيانه به و لو معصيه و كون ذلك الفعل محرما مطلب آخر لا يمنع عن عدم ثبوت الخيار، هذا تمام الكلام فى الأمر الأول من الأمور المذكوره فى أحكام الشرط الفاسد، و قد اشتمل على بحث عدم وجوب الوفاء بالشرط الفاسد و أنه لا يمنع عن صحه العقد أنه يوجب الخيار للمشروط له.

و التحقيق أن يقال أن دليل الخيار فى تخلف الشرط ليس هو الإجماع و لا دليل نفى الضرر و لا شى ء آخر، بل الدليل على ذلك انما هو الشرط الضمنى أو الصريح و قد عرفت ذلك فى خيار الغبن و غيره و توضيح ذلك إجمالا أن كلا من البائع و المشترى إذا اشترط على الأخر شرطا اما صريحا أو فى ضمنى العقد ثبت للشارط الخيار مع التخلف فان مرجع الاشتراط الى جعل الخيار بداهه أن الشارط إذا اشترط إيجاد فعل على البائع، أو وصفا فى المبيع معناه أن التزامى على العقد مشروط بالتزامك على إيجاد الفعل الفلانى أو بظهور المبيع على الوصف الفلانى و إذا تخلف ذلك لا يكون المشروط له ملزما بالالتزام بالعقد و معنى أنه لا يكون ملزما بالالتزام على العقد أن له الخيار فى فسخ العقد و إبقائه و عليه ففى المقام أن المشروط له قد اشترط على المشروط عليه إيجاد فعل فاسد و شرط فاسد بحيث لو لم يفعله المشروط عليه ثبت له الخيار و لا شبهه ح فى ثبوت هذا الخيار و توهم أن الشرط مخالف للكتاب توهم فاسد، فان الشرط و

هو جعل الخيار للشارط ليس مخالفا للكتاب، بل متعلقه مخالف للكتاب كما إذا باع شيئا و الشرط فى ضمنه أن يعصر الخمر و الّا فله الخيار فان جعل الخيار ليس مخالفا للكتاب، بل متعلقه كك و قد تقدم صحه جعل الخيار على تقدير ترك فعل الحرام بان اشترط أحد المتبايعين على الآخر أن يفعل محرما كما هو واضح.

قوله الثانى: لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۰۴

أقول: ذكر فى تقرير شيخنا الأستاذ أنه لم يسبق هنا أمر أول ليكون هذا ثانيا له و لعله اشتباه من قلم المصنف أو من النساخ و لكنه واضح البطلان لأنه ذكر عند الشروع بأحكام الشرط الفاسد أن الكلام يقع فى أمور و ذكر الأمر الأول و قد أطال البحث فيه و ذكر فى آخره أنه هل يثبت الخيار للجاهل بفساد الشرط أو لا، تم تعرض للأمر الثانى فلا اشتباه من المصنف و لا من النساخ.

و حاصل كلام المصنف هنا أنه بناء على كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد إذا قلنا بصحه العقد و عدم فساده بفساد الشرط فلا شبهه فى صحه العقد و سقوط الخيار بإسقاط الشرط مع القول بثبوت الخيار للمشروط له، و إذا أسقط المشروط له ذلك الشرط فهل يصبح العقد صحيحا أو يبقى فى فساده فقد اختار الأول بدعوى أن العقد قد انعقد بينهما فاسدا فلا ينفع السقاط المفسد بعد ذلك ثم احتمل الصحه بناء على أن التراضى انما حصل على العقد المجرّد عن الشرط فيكون كتراضيهما عليه حال العقد.

ثم أجاب عنه بأن التراضى إنما ينفع إذا وقع عليه العقد أو لحق العقد السابق كالعقد الفضولى أو المكره و لكن الأمر فى المقام ليس كذلك لأن التراضى انما هو

على الإنشاء المطلق و هو لم ينشأ و المنشأ انما هو العقد المقيد و هو غير ممض للشارع فلا يفيد فى المقام تحقق الرضاء المتأخر على إطلاق العقد السابق الذى إنشاء مقيدا بالشرط الفاسد و عن العلامه التردد فى فساد العقد مع إسقاط الشرط الفاسد حيث احتمل الوجهين:

الأول: بطلان العقد من أصله لما عرفت.

و الثاني: توقف البيع بدون الشرط على الرضا فإن رضى به المشروط له بدون الشرط صح العقد و الا بطل و قد رده المصنف أى الاحتمال الثانى بأنه لا يعرف وجه للإيقاف، فافهم.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۰۵

و حاصل اشكال المصنف بانا لا نعرف وجها لإيقاف المعامله بعد إنشائها و انعقادها باطلا و معه كيف ينعقد صحيحا بإسقاط شرطها و هذا لا يقاس بالرضا و الإجازه المتأخره أو الأذن السابق فى كفايتها فى صحه العقد، فإن الاذن أو الإجازه ح يتعلقان على العقد السابق، أو اللاحق، فيوجبان صحته و هذا بخلاف ما إذا تعلقا على أمر آخر غير ما رضيا به سابقا و غير ما عقد عليه فإنه لا يقلب الباطل إلى الصحه.

قوله الثالث: لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد.

أقول: فى بعض النسخ عقد العنوان مسئلتان مكان الأمر الثالث و الأمر الرابع و هو اما سهو من قلم المصنف رحمه اللّه أو من النساخ و الصحيح أن تقول الثالث و الرابع كما فى بعض النسخ الأخرى و كيف كان إذا قلنا بأن الشرط الفساد مفسد للعقد و أن فساد الشرط يسرى إليه فهل يختص ذلك بما إذا كان الشرط مذكورا فى متن العقد أو يعم ما إذا كان مذكورا قبل العقد و وقع العقد مبتّيا عليه فان قلنا أن الشرط المذكور قبل العقد الذى لا يذكر فى

ضمن العقد خارج عن الشرط فلا كلام لنا فيه فإنه ليس هنا شرط حتى يكون فساده موجبا لفساد الشرط و إذا بيننا على أنه أيضا شرط و لا عنايه فى إطلاق الشرط عليه و لا دليل على ذكره فى ضمن العقد فان معنى الشرط هو الإناطه و الارتباط و هو يحصل بذكره قبل العقد بحيث يقع العقد مبنيّا عليه و مربوطا به لا فى حال الغفله عن البناء السابق فيكون بذلك مشمولا لعموم المؤمنون عند شروطهم و خارجا أيضا عن الشروط الابتدائيه.

و عليه يقع الكلام فى أنه يفسد العقد أو لا يفسد فذكر المصنف هنا وجهان مبنيان على تأثير الشرط قبل العقد فان قلنا بأنه لا حكم له كما هو ظاهر المشهور لم يفسد و الا فسد، و قد فصل بذلك و نقل هنا قولا ثالثا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۰۶

عن المسالك و عبارته غلفه جدا و لا نتعرض لها و لاحظها و الذى ينبغى أن يقال أنه لا شبهه فى صدق الشرط على ذلك كما عرفت، و ح فلا بدّ من ملاحظه مدرك أن الشرط الفاسد يفسد العقد و يسرى فساده إليه فإن كان ذلك هو الإجماع فلا شبهه فى عدم شموله للمقام لكونه دليلا لبيّا و المتيقن منه ما يكون الشرط مذكورا فى متن العقد و أما إذا كان مذكورا قبله و وقع العقد مبنيّا عليه فلا يكون داخلا لمعقد الإجماع. و ان كان الدليل هو نفى الضرر فمقتضى القاعده هو فساد العقد بفساد الشرط فإنه لا فرق بين هذا الشرط و الشروط المذكوره فى ضمن العقد كما هو واضح.

نعم، بناء على أن المدرك لفساد العقد بفساد الشرط هو الاخبار الوارده

فى بيع الوضيعه و العينه على ما تقدم فهى منحصره إلى صوره ذكر الشرط فى متن العقد فلا يكون المقام مشمولا لها.

و بعباره أخرى أن مورد تلك الأخبار صوره ذكر الشرط فى متن العقد و أما إذا وقع العقد مبتيّا عليه أى على ذكر الشرط السابق فهو خارج عن مورد الأخبار فلا بدّ من الاقتصار بمورد التعبد كما هو واضح الّا أنها غير تامه الدلاله كما تقدم.

و بعباره أخرى إذا قلنا بأن فساد العقد عند فساد شرطه على طبق القاعده و من جهه قصور المقتضى للصحه ح لأن للشرط قسطا من الثمن فإذا فسد و اخرج قسطه يكون الثمن مجهولا و المعامله غرريه أو لأن الرضا انما وقع على عقد خاص و هو المعامله بهذا الشرط الفاسد فإذا انتفى القيد ينتفى المقيد، فلا محاله نلتزم بالإفساد عند التبانى أيضا فما إذا قلنا أنه فى حكم الشرط الملفوظ لأن خراج قسط من الثمن فيه أيضا يوجب الجهاله فى الثمن و الرضا بالمعامله مقيد باقترانها للشرط، فإذا انتفى ينتفى الرضا فلا تشمله الأدله لقصور العقد بحسب المقتضى فيفسد العقد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۰۷

عند فساد التبانى.

و أما إذا كان على خلاف القاعده فيقتصر بمورد النص و الظاهر على ما عرفت أنه بناء على أن فساد الشرط يسرى الى العقد فالشرط السابق على العقد يوجب فساده أيضا، لكونه شرطا حقيقه على ما عرفت.

نعم، إذا نسى المتبايعان ذلك و أوجد العقد بغير بنائه على الشرط السابق لا يكون الشرط ح مؤثرا فى العقد، فان العقد بحسب القاعده إذا لم يقيد حين الإنشاء بشى ء أنشأ مطلقا و غير مقيد بشى ء و قد فرضنا أنه لم يقيد بشرط و

من هنا ذكرنا سابقا أن ترك ذكر الأجل فى المتعه يوجب كون العقد المنشأ دواما على طبق القاعده و الروايه الوارده فى ذلك مواقفه للقاعده لا مخالفه لها، لأن طبع العقد أن يوجد مطلقا مع عدم التقيد بشى ء.

قوله الرابع: لو كان فساد الشرط لأجل عدم تعلق غرض معتد به.

أقول: ذكروا موردا يكون الشرط لغوا و لا يكون موجبا لكون العقد لغوا فكأنه مستثنى من موارد فساد العقد بفساد الشرط و هو ما إذا كان الشرط لم يتعلق به غرض العقلاء بأن يشترط أحدهما على الآخر أن يوزن المبيع بكيل فلانى مع أنه لا فرق بينه و بين الكيل المعروف عندهم بوجه و هذا الشرط لا يزيد الماليه بوجه، و لا يكون دخيلا فى الرغبه إلى المبيع أصلا، و قد صرّح فى موارد من التذكره بعدم الإفساد.

و من هنا ذكر الشهيد رحمه اللّه أنه لو اشترط كون العبد كافرا و ظهر مسلما كان الشرط لغوا و ليس له الخيار من ناحيه تخلف الشرط، و وجّه المصنف أن الوجه فى ذلك هو أن الوفاء بمثل هذا الشرط حيث لم يكن واجبا شرعا و لم يكن فى تخلفها أو تعذرها خيار خرج هذا الشرط عن قابليه تقيد العقد بذلك.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۰۸

ثم أشكل عليه بأن لغويتها لا تنافى تقيد العقد بها فى نظر المتعاقدين فاللازم اما بطلان العقد و اما وجوب الوفاء كما إذا جعل بعض الثمن مما لا يعد مالا عرفا و هذا لا بأس به لأنا لو أغمضنا عما ذكرناه سابقا من كفايه تعلق الغرض الشخصى فى العوضين فضلا عن الشروط و أنه مع اعتبار الماليه بحسب أغراض العقلاء فى العوضين فلا دليل على اعتبار ذلك فى الشروط فلا شبهه أن ما أنشأ

بحسب نظر المتبايعين انما هو العقد المقيّد فلا يعقل أن يكون الممضى غير ما أنشأ حين العقد و عليه فأصل الشرط ليس بلغو فضلا عن أن يتكلم فى أن فساده يسرى الى العقد بناء على السرايه أو لا يسرى فهذا البحث لغو أصلا.

و على الجمله بعد ما فرضنا أن معنى الشرط هو الربط فلا شبهه فى ارتباط العقد بالشرط المذكور و عليه فلا بدّ اما من الالتزام بعدم فساد الشرط مع عدم ترتب الغرض العقلائى عليه لصدق الشرط عليه فيحكم بوجوب الوفاء به، لأدله الشروط أو لعموم دليل الوفاء بالعقد و اما أن نلتزم بالإفساد فى هذا الشرط أيضا بناء على أن عدم ترتب الغرض العقلائى على الشرط يوجب الفساد فإنه بعد الفساد فلا محاله يوجب فساد العقد بناء على السرايه، كما هو واضح، فلا وجه للاستثناء أصلا.

الكلام فى أحكام الخيار

اشاره

قوله: الكلام فى أحكام الخيار.

أقول: لا خلاف بين الفقهاء فى أن الخيار يورث بأنواعه و لم نجد فى ذلك خلافا الّا عن الشافعى فى خيار المجلس و لعله من جهه أنه يرى الموت افتراقا، بل ادعى بعضهم الإجماع على ذلك و استدل على أنه يورث

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۰۹

مضافا الى الإجماع المتقدم بان الخيار حق للميت فيورث لعموم ما تركه الميت من حق فلوارثه.

أقول: لا شبهه فى أن الخيار من قبيل الحقوق و ذلك من جهه أنه و ان لم يكن فرق حقيقه بين الحق و الحكم، بل كل ذلك من قبيل الأحكام الشرعيه و لكن قد تقدم فى أول الخيار و فى أول البيع أن ما يكون اختياره تحت يد الإنسان من الأحكام الشرعيه بحيث حقا يقبل النقل و الانتقال أو السقوط و

الإسـقاط سـمى ذلـک حقـا و ما لا یکون کک یسـمى ذلک حکما فالجواز فى الهبه من قبیل الحکم إذ لا یقبل شـیئا من الأمور المـذکوره و لا یتغیر عن حاله بوجه الّا أن یکون هبه لذى رحم أو على وجه قربى، فإنه یکون لازما و أما غیرهما فلا یکون لازما حتى بإسـقاط الواهب حق رجوعه و یقابل هذا الجواز الحکمى اللزوم الحکمى فى النکاح، فإنه أیضا حکم من الأحکام الشرعیه و لذا لا یقبل الانفساخ و لو برضائه الموجب و القابل، بل طریق ارتفاعه الاختیارى منحصـر بالطلاق الذى بیّنه الشارع و أما رفعه، بغیر ذلک کاقاله مثلا فلا یکشف من ذلک أن هذا اللزوم حکمى لا حقى کما هو واضح.

و هـذا بخلاـف الجواز فى الوکـاله فـإنه یقبل التغیر و کک اللزوم فى البیع فإنه یقبل الحل بالإقاله أیضا و هو الانفساخ کما یقبل الحـل بالفسـخ فیعلم من ذلـک أن اللزوم هنـا حقى و قابـل للحـل و لیس الإقـاله بیعا جدیـدا حتى یتوهّم أنه لا یکون حلا للعقد السابق إذ تصلح الإقاله بعد تلف العینین و لو کان بیعا جدیدا لما کانت صحیحه، کما هو واضح.

و على الجمله أنه لا شبهه فى وجود الفرق بین الحق و الحکم و أن کانت حقیقتهما واحده.

و أمـا الخیـار فهو أیضـا من قبیل الحقوق لما عرفت سابقا أنه ملک فسـخ العقـد على ما یسـتفاد من الأخبار کقوله علیه السـلام و ذلک رضى بالبیع، و

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۴۱۰

نحو ذلک سواء کان ذلک الخیار مجعولا بجعل شـرعى کخیار المجلس، و نحوه، أو مجعولا بجعل المتعاقدین کخیار الشـرط و أشباهه کخیار الغبن و العیب و نحوهما الثابت بالشرط الضمنى،

فإن جميع تلك الخيارات التى توجب جواز العقد من قبيل الحقوق و اختيارها بيد صاحبها وضعا و حلا و إبقاء و إسقاطا كما هو واضح، فان قوله عليه السلام فذلك رضى بالعقد، ظاهر فى أنه يقبل الاسقاط و هذا هو معنى الحق، فافهم، و لكن الكلام فى شمول النبوى ما تركه الميت من حق أو مال فهو لوارثه لأن شموله للخيارات يحتاج إلى أمرين:- أحدهما: إحراز أن الخيارات من قبيل الحقوق و قد تقدم ذلك و دلاله جمله من الاخبار عليه كقوله و ذلك رضى بالعقد، أى إمضاء العقد و إسقاط الخيار فإنه لو لم يكن من قبيل الحق لم يكن الاسقاط فضلا عن أن يكون ذلك رضى بالعقد.

و الثانى: أن يحرز أن هذا الحق عما يصدق عليه أنه تركه الميت بأن يكون قابلا للانتقال حتى يصدق عليه ذلك، فان مفاد النبوى أن ما تركه الميت و إبقاءه بموته فى الخارج فهو لوارثه و من الواضح أن هذا المعنى يصدق فى مثل حق التحجير حيث أن المحجّر قد ثبت له حق فى الأرض المحجره بواسطه التحجير و قد تعلق حقه بالأرض التى هى موجوده فى الخارج، فإذا مات يصدق عليه أنه ترك فى هذه الأرض حقا و كك فى أمواله فإنها مملوكه له فيصدق عليها أنه قد تركها الميت و يكون ذلك المتروك للوارث نظير أن يسافر أحد و ترك متاعه فى منزله فيقال انه مشى و ترك متاعه فى منزله غايه الأمر أن الانتقال هنا من عالم الى عالم آخر كما لا يخفى، و لكن لا يصح ذلك فى الخيارات لما عرفت أن معنى جعل الخيار ابتداء، أو بالالتزام ليس الّا تقييد العقد بالفسخ

فتکون الملکیه المنشئه مغیاه بالفسخ

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۴۱۱

و الفسخ یکون غایه لها و لا شبهه أن من جعل لنفسه الخیار و یقید الملکیه بتلک الغایه لا بجعل تلک الغایه وسیعه أی أعم من فسخ نفسه و فسخ وارثه و مع ذلک کیف یعقل أن یثبت الإرث فی الخیارات الّا أن یکون هنا إجماع کما هو ککک، فان الفقهاء قد تسالموا علی أن الخیار یورث، و قد عرفت أن المخالف هو الشافعی فی خیار المجلس فقط، و لکن مع قطع النظر عن الإجماع فلا یمکن إثبات الإرث فی الخیارات بعموم ما ترکه المیت من حق فلوارثه.

و أما إثبات إرث الخیارات بالتمسک، بالاستصحاب أشکل علی ما ذکره المصنف لأنه یرد علیه.

أولا: أن الشبهه حکمیه و لا یجری الاستصحاب فی الشبهات الحکمیه للمعارضه دائما، فإن استصحاب ثبوت الخیار بعد الموت معارض بعدم جعله للوارث.

و ثانیا: ان الموضوع غیر محرز إذ لاـ ندری أن الخیار حق مختص بالمیت و قائم به لکی لا یجری الاستصحاب هنا أو أنه أمر وسیع قائم بالمیت مع وجوده و حیاه و بوارثه مع موته، فیکون ذلک مشکوکا و التمسک بعموم لا تنقض الیقین بالشک فی المقام تمسک بالعام فی الشبهه المصداقیه.

و ثالثا: أنه بعد ما ذکرنا من اختصاص الخیار بالمیت لکون الملکیه المنشئه محدوده بفسخه لا یبقی هنا مورد للشک حتی نتمسک بالاستصحاب کما هو واضح، و الظاهر أنه لا یمکن إثبات إرث الخیار بغیر الإجماع، و اللّه العالم.

قوله: بقی الکلام فی أن ارث الخیار لیس تابعا لإرث المال.

أقول: و ینبغی التنبیه علی أمور الأول لا شبهه فی أن ما یکون مانعا عن الإرث فی الوارث بحیث لا یکون معه مانع عن الإرث من الموروث شیئا

مصباح الفقاهه

(المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۱۲

كالقتل و الكفر و نحوهما، و هو مانع عن ارث الخيار أيضا بناء على جواز ارث الخيار، و هذا لا كلام فيه، و انما الكلام فى أن من لا- يكون وارثا بالنسبه إلى شى ء خاص من أموال الميت كعدم إرث الزوجه من العقار و عدم ارث غير الولد الأكبر من الحبوه، هل يكون وارثا للخيار الثابت فى بيع تلك الأموال بأن مات البائع للعقار أو الحبوه بعد بيعه الخيارى فهل يكون غير الولد الأ-كبر وارثا لذلك الخيار و كك الزوجه أم لا، ففى المقام وجوه، بل أقوال القول بالإرث مطلقا و بعدمه كك، و ان لم يظهر من يصرح بالعدم و لكن قد استشكل بعضهم فى الإرث أو يفصل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلا الى الميت أو منتقل عنه الى غيره، فإنه على الأول يحكم بعدم الإرث و ذلك لأن الخيار علاقه فيما انتقل عنه بعد كونه مسلطا على ما انتقل اليه بحيث أن يخرج ما انتقل اليه من ملكه الى ملك من انتقل عنه ذلك العين بالفسخ و إدخال ما انتقل عنه الى غير فى ملكه بذلك، و لا شبهه أن المرأه ليس لها السلطنه على ما انتقل الى الميت و هو العقار و كيف لها الفسخ و إرجاع كل من المالين الى مالكه الأول بالفسخ و عليه فلا- خيار للمرأه فى هذه الصوره لعدم تسلطها على إرجاع العين الى ما انتقل عنه، و لا يقدر على إيجاد معنى الفسخ و لا معنى لثبوت الخيار لمن لا يقدر على الفسخ و هذا بخلاف ما إذا كان ما لا ترث منه الزوجه منتقلا عن الميت الى غيره فإنه ح

لها السلطنه على المال المنتقل الى الميت و هو ثمن العقار فهى قادره على الفسخ ح لتحقق مفهوم الخيار هنا.

و القول الرابع ان يفصل على عكس الصوره السابقه و الوجه فى هذا التفصيل هو أن الثمن المنتقل إلى البائع ملك متزلزل للبائع و إذا فسخ العقد ينتقل الثمن الى الميت فيرث منه كل من الزوجه و غيرها، و هذا بخلاف ما إذا كان العقار منتقلا عن الميت لأن الزوجه لا ترث منه فيما إذا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۱۳

فسخ العقد و رجع المبيع الى ملك الميت فلا خيار لها لأن الخيار حق لصاحبه فيما انتقل عنه يوجب سلطنه ما انتقل عنه بإرجاعه إلى ملكه و المفروض أن الزوجه ليس لها علاقه و لا سلطنه على العقار فيما إذا انتقل الى الميت بدعوى أنه ان كان ما انتقل من الميت عقارا فلا خيار لها لأنها لا تملك شيئا بعد الفسخ و أما ان كان ما انتقل اليه عقارا فلها الخيار لأنها بالفسخ تملك قيمه العقار لأن الفسخ يجعل العقد كأن لم يكن فيكون ما أعطاه الميت فى مقابل العقار من الثمن مملوكا للزوجه و غيرها بعد الفسخ فان معنى الخيار هو التسلط على حل العقد و جعله كأن لم يكن، و ان لم يكن الفاسخ مالكا لما انتقل إلى البائع كالأجنبى و قد ذكر المصنف تفصيل ذلك فى المتن.

أقول: الظاهر هو القول بعدم الإرث مطلقا و ذلك لما عرفت من أنه ليس هنا دليل لفظى دل على جواز ارث الخيار حتى نتمسك بإطلاقه، بل الدليل على ذلك هو الإجماع و لا شبهه أنه إجماع فى المقام بعد هذه الاختلافات كما عرفت و عليه فلا

یمکن القول بإرث الزوجه للخیار لعدم الدلیل علیه و علی تقدیر التنزل و القول بأنها ترث الخیار فی فرض بیع المیت العقار أو شرائه ذلک فلا وجه للإشکال فی إرثها لما تعلق به البیع مع الفسخ سواء قلنا بثبوت الخیار لها بالإرث أم لا فإنه علی کل تقدیر ترث الزوجه من متعلق البیع بعد الفسخ کما هو واضح.

فلا ثمره ح للبحث عن ثبوت الخیار لها بالإرث و عدمها کما هو واضح.

و من جهه أن الزوجه غیر مالکه للعقار فلا سلطنه لها علیها کما ذکره المصنف فکیف لها أن تفسخ العقد و یرجع الثمن من المشتری.

و توضیح ذلک أنه إذا کان المیت قد اشتری عقارا ببیع خیاری بأن

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۴۱۴

کان له الخیار أو کان الخیار لصاحبه و هو المشتری و فسخ الوارث أو المشتری ذلک البیع فان البیع ینقلب الی عدمه فکأنه لم یکن من الأول فتکون العقار ملکا للمشتری و الثمن ملکا للمیت فیکون ذلک من جمله ترکته فترث منه الزوجه أیضا کسائر الورثه و لا وجه فی هذه الصوره فی حرمان الزوجه عن الإرث و الاشکال فی ذلک ح لأن معنی الفسخ هو رجوع کل من العوض و المعوض الی مکانه الأول فیکون الثمن ملکا للمشتری و المثمن ملکا للبائع و ان کان معنی الفسخ هو حل العقد من حین الفسخ کما هو کک الّا أنه لیس معناه أن الفاسخ یملک العوض بالملکیه الجدیده لأن الفسخ لیس معامله جدیده بل هو اعاده للملک السابق فیکون الفسخ وسیله لملک المیت العوض أو المعوض بذلک کما إذا نصب شبکه للصید فوقع فیها ذلک الصید بعد موت من نصب الشبکه فإنه یکون

مالكا للصيد لأنه أوجد سببه قبل الموت.

و على الجمله أن الفاسخ أى شخص كان يكون فسخه سببا لتملك الميت العوض أو المعوض فتكون الزوجه أيضا وارثه من ذلك و ان لم يكن لها الخيار أصلا لأن المفروض أن المنتقل الى الميت كان عقارا و المنتقل عنه غيرها فبالفسخ ينحل البيع و ينتقل العقار الى غير الميت و مقابله الى الميت و لا مانع من إرث الزوجه من غير العقار، كما هو واضح.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ۷ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المكاسب)؛ ج ۷، ص: ۴۱۴

و ان كان المنتقل الى الميت بالمعامله غير العقار، و لكن فى مقابلها بأن باع العقار بثمن هو غير العقار فإذا فسخ ذلك العقد اما فسخه الوارث أو فسخه المشترى، أى طرف الميت فح ينحل العقد فترجع العقار الى الميت و ان كان المنتقل الى الميت بالمعامله غير العقار، و لكن فى مقابلها بأن باع العقار بثمن هو غير العقار فإذا فسخ ذلك العقد اما فسخه الوارث أو فسخه المشترى، أى طرف الميت فح ينحل العقد فترجع العقار الى الميت و الثمن إلى المشترى.

و لكن فى هذه الصوره لا- معنى من حرمان الزوجه من ثمن العقار الذى كان من جمله ما تركه الميت و ان كانت محرومه من نفس العقار بتوهّم أن الثمن بعد فسخ العقد يكون ملكا للمشترى فيؤخذ من الورثه و يعطى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۱۵

للمشترى كما هو واضح، و ذلك لأن الثمن قبل فسخ العقد كان ملكا للوارث الذى من جملته الزوجه، فلا وجه لعدم إرثها عنه مع كونه من التركه غايه الأمر بعد فسخ العقد و رجوع العقار الى ملك

الميت كـان ثمن العقـار من جمله ديون الميت فيخرج من أصـل المال فكما ان الإنسان إذا أخرج ماله عن ملكه بالهبه ثم أرجعه اليه فتظهر الثمره فى إرث الزوجه.

و على الجمله فبنـاء على كون الخيـار موروثـا فلا وجه لحرمان الزوجه من ثمن العقار التى اشتراها الميت أو ثمنها الـذى باعها به كما عرفت سابقا.

ثم ان جميع ما ذكر فى إرث الزوجه للخيار و عدم إرثها ذلك فى بيع ما لا تملكه الزوجه جارى فى بيع الحبوه أيضا بالنسـبه إلى إرث الخيار هنا لغير الأخ الأكبر، قد ذكر المصـنف أن الدين المستغرق لتمام التركه و ان كان يمنع عن ارث المال الّا أنه لا يمنع عن ارث الخيـار، فللورثه فسـخ المعـامله التى أوقعهـا الميت حـال حياته، ثم ان جميع ذلك جار فى صوره أن يكون للميت دين مسـتغرق و لا يكون له تركه أزيـد من الدين، و قد باع شـيئا و جعل لنفسه فيه الخيار، فهل ترث الورثه الخيار هنا أو لا ترث؟ فما ذكره المصـنف من الإشـكال فى إرث الزوجه للخيار فى بيع العقار جار هنا أيضا، بل هنا أولى بالإشـكال من ذلك كما يستضح لك فلا وجه لتفكيك و نفى الاشكال هنا.

و توضـيح ذلـك أنه تاره نقول بأنه إذا كان للميت دين مسـتغرق لا ينتقل المال منه الى الورثه أصـلا، كما إذا لم يكن له دين الّا بمقـدار بعض أموال الميت لا ينتقل ماله إلى الورثه بهـذا المقدار كما هو ظاهر قوله تعالى مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَا أَوْ دَيْنٍ فان المستفاد منها أن التركه غير ما يكون مقابلا للدين كما هو واضح، و على هذا المبنى فليس للورثه حق فى مال الميت أصلا

و معه كيف يكون له الخيار فى فسخ عقد الميت و إرجاع المبيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۱۶

الى ملك الميت مع أنهم غير مسلطين على ما انتقل الى الميت لكونه ملكا للديان.

و إذا قلنا أن جميع أموال الميت تنتقل إلى الورثه و لكن تكون ذلک متعلقه لحق الغير و هم الغرماء و الديان كما هو خلاف ظاهر الآيه، فإن ظاهرها هى الصوره الاولى و ح و ان كان الوارث مسلطا على ما انتقل الى الميت و مالكه له، الّا ان فسخهم العقد ورد ما انتقل الى الميت الى صاحبه ورد ما انتقل عنه إليه إلى الميت تصرف فى حق الغير و هو غير جائزه على هذا الاشكال، فارث الورثه الخيار هنا أسوء من إرث الزوجه الخيار فى بيع الميت العقار، لأن القول بالإرث هنا يستلزم التصرف فى حق الغير و لكن القول به هنا لا يستلزم ذلک، و عليه فلا وجه لتوهم ان ارث الورثه للخيار فى صوره الدين المستغرق مورد للوفاق، و إرث الزوجه للخيار فى صوره بيع العقار مورد للخلاف، بل الخلاف فى أحدهما ينافى الوفاق فى الآخرى.

ثم أنه لا وجه لثبوت الخيار ح و إرثه له بوجه، و أما على مسلكه من كون التركه ملكا للورثه بعد الموت فلان فرع السلطه على ما بيده من المال حتى يتمكن من إرجاعه إلى مالكه و المفروض أن الورثه لا يتمكنون من التصرف فى التركه لأنه و ان كان ملكا لهم عند المشهور الّا أنه متعلق لحق الغرماء و الديان، و لا يجوز التصرف فى متعلق حق الغير.

ثم انه بناء على عدم إرث الزوجه للخيار فليست الورثه مستقله فى اعمال الخيار فى بيع

العقار و ذلک لا من جهه أن الزوجه لها الخيار، بل قـد عرفت أنه لا خيار لها على الفرض، بل من جهه أن دليل ارث الخيار كما تقدم ليس هو دليلا لفظيا لكن يتمسک بظاهره، بل عرفت أن مقتضى القاعده هو أن يكون الخيار موروثا لأن مرجع جعل الخيار عباره عن تعليق اللزوم بالتزام الطرف الآخر بالشرط و مرجع ذلك الى تحديد الملكيه (لا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۱۷

المملوک) بالفسخ و كون الفسخ غايه لها و من الواضح أن الغايه هو فسخ ذى الخيار لا هو، و وارثه، و ح فلا دليل على ثبوت الخيار للورثه لكن قامت الضروره و الإجماع على ارث الخيار، و من الواضح أن المتيقن من ذلك هو اجتماع جميع الورثه على الفسخ لا بعضه دون بعض خصوصا إذا كان الفسخ على ضرر الزوجه بأن باع الميت عقارا فإذا فسخت الورثه لم ترث الزوجه، فإنا لم نطمئن بثبوت الإجماع هنا إذا، فلا بدّ من ملاحظه المتيقن و هو اجتماع جميع الورثه و منها الزوجه على الفسخ، كما هو واضح.

قوله: مسأله: فى كيفيه استحقاق كل من الورثه للخيار.

اشاره

أقول: بعد ما بنى على جواز ارث الخيار

فيقع الكلام فى كيفيه ذلک مع تعدد الورثه، و قد ذكر فيها وجوه:-

الوجه الأول: أن يكون لكل منهم خيار مستقل،

بحيث يكون كل منهم مستقلا فى الفسخ و الإمضاء بحيث يكون لكل منهم خيار مستقل من حيث الفسخ أو الإمضاء، و يكون اختيار العقد تحت يده على ما استفدناه من الروايات المتقدمه فى باب الخيار لقولهم عليه السلام و ذلک رضى منه بالعقد فإنه يعلم من هذا التعبير أن معنى الخيار هو أن يكون اختيار العقد تحت يد ذى الخيار، بحيث كان له الفسخ أو الرضا، فإنه لا يطلق الرضا فى مورد الّا كان طرفى الأمر من الفعل و الترک تحت اختيار الفاعل كما هو واضح بل هذا هو معنى الفسخ أيضا.

و اما على مسلكنا فلأنه لا إجماع محقق فى إرث الخيار فى المقام و ذلک لأن المتيقن منه ما إذا لم يكن متعلقه ملكا لشخص آخر أو كان متعلقا لحق الغير سيما إذا كان استلزم إرث الورثه الخيار ضررا على الديان كما إذا اشتراه الميت بأرخص من قيمه السوقيه مثلا، أو اشتراه بخمسين درهما مع ان القيمه السوقيه مائه، فان فسخ الورثه بإرجاع ما يسوى بمائه إلى مالكه الاولى و أخذ ما يقابله ضرر على الديان، و حيث لا إجماع فى المقام لا يثبت

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۱۸

للورثه الخيار فيما إذا كان للميت دين مستغرق بحيث يكون لكل منهم ذلک فلو سبق منهم أحد فى الفسخ بان فسخ العقد أو

فی الإمضاء بأن أمضاه لم یبق مجال للآخرین.

الوجه الثانی: کصوره السابقه و لکن أن یکون کل منهم مستقلا فی الفسخ فقط

بحیث إذا فسخ العقد لا یبقی مجال لفسخ الآخرین، و أما الإمضاء فلا یکون إمضائه إمضاء للآخرین، بل یبقی بعد إمضاء أحدهم مجال الإمضاء غیره کما هو واضح، و هذا نظیر الخیار المجلس الثابت للمتعدد فان لکل من المتعاملین فی المجلس فسخ المعامله

دون إجازتهما لا منهما لتوقف على اجازه كليهما، نعم تكون أجازته نافذه فى حقه فقط.

الوجه الثالث: أن يكون الخيار ثابتا للطبيعه و لصرف الوجود

بحيث يكون هنا خيار واحد فكل من الورثه تصدى لإعمال ذلک من حيث الفسخ أو الإمضاء كان له ذلک لتحقق الطبيعه بذلک، و لكن لا ـ يبقى مجال لإعمال غيره خياره فى ذلک لعدم الموضوع لذلک لأن المفروض أن الخيار قائم بالطبيعه و قد حصل.

الرابع: أن يكون لكل من الورثه الخيار بحسب حصته من الثلث أو النصف أو الربع

بحيث له أن يفسخ العقد فى نصفه أو ثلثه أو ربعه، و هكذا لا أن الحق يقسم لأنه غير قابل للتقسيم، بل من جهه أن كل منهم نصف من له الحق أو ربعه أو ثلثه.

الخامس: ما قواه المصنف من ان الخيار حق واحد قائم بالمجموع

فكأن الورثه قائم مقام الميت و مجموعهم شخص واحد، فيكون الخيار للمجموع كما هو واضح، و هذه هى الوجوه التى ذكرت فى المقام

و لكن مع اختلافهم فى كيفيه إرث الحق لم يختلفوا فى كيفيه إرث المال، بل اتفقوا و تسالموا على أن كل من الورثه يرث مقدار حصته و أن المال ينتقل اليه على نحو التقسيم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۱۹

كما هو واضح، و لم يخالف فى ذلک أحد فيما نعلم.

و يقع الكلام هنا فى مقامين، الأول فى كيفيه انتقال المال إلى الورثه و المقام الثانى فى كيفيه انتقال الحق إلى الورثه.

أما المقام الأول: فالمعروف المشهور، بل المجمع عليه أن المال الذى للميت انما ينتقل إلى الورثه على نحو التقسيم، يعنى حين ما ينتقل إليها المال ينتقل الى كل منهم بمقدار حقه دون الأزيد و لا الأنقص، و هذا هو الظاهر من الآيه الشريفه أيضا حيث أنها ظاهر فى أن لكل واحد من الورّاث هو الثلث، أو السدس أو الثمن من حيث الانتقال لا ـ أنه تنتقل التركه إلى المجموع و هم يقتسمونها بعد ذلک، و قد عرفت أن هذا و ان كان موردا للتسالم، و ظاهرا للآيه و لم نسمع المناقشه فيه من أحد و لكن يشكل الذهاب اليه من جهتين:- الأولى: أن التركه إذا انتقلت إلى الورثه على سبيل الافراض فنسل أنها انتقلت إليهم معينا بحيث يكون حق كل معلوما عند اللّه تعالى و ان كان

مجهولا عنـد الورثه أو على نحو الغير المعين مثلا إذا مات زيد فترك ابنين و انتقل ماله إليهما بحيث انتقل نصـفه إلى أحدهما و نصـفه الآخر الى الآخر، معينا و لو فى علم اللّه تعالى أو غير معين، فان كان الأول فيرد عليه أنه فالمرجع فى تعيين أحـد النصـفين لهـذا الابن و النصف الآخر للابن الآخر مع أن نسـبه المال إليهما كان على حـد سواء و جهه الانتقال كانت واحـده، و هو الإرث فتخصـيص أحد النصـفين بأحدهما و النصف الآخر بالآخر تخصـيص بلا مخصـص و ترجيح بلا مرجح، فلا وجه لتوهم أن المال الميت انتقـل إلى الورثه معينـا أى حصه كـل معينه فى علم اللّه تعـالى، و ان كـانت مجهوله فى علمهم بحيث أن من كـل شـى ء نصفه المعين لأحدهما و نصفه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۲۰

المعين عند اللّه للآخر.

و ان كان الثانى بأن انتقل حصه كل من الورثه إليها غير معينه فيرد عليه أن مال الميت كان شـيئا معلوما و أمرا مشـخصا كالدينار الخارجى الشخصى مثلا فبماذا صار غير معين.

و توهم أن كل منهما قد ملك عنوان النصف المشاع و هو أمر غير معين كما فى الشركه و بيع نصف الدار مشاعا فلا محذور فيه فاسـد، بـداهه أن عنـوان النصف كعنوان الثلث و الربع و غيرهمـا من العنـاوين الانتزاعيه و ليست أمورا واقعيه و كلامنـا فى واقع المـال الـذى تركه الميت فـإنه أمر معين و مشـخص بلا شـبهه، و الّا فلو لاحظنـا الأمور الانتزاعيه فلازم ذلك أن يملك كل من الورثه أمورا غير متناهيه لأنا نفرض النصف من اليمين أو الشمال أو اليسار أو ربعا أو خمسا أو سدسا الى غير ذلك

من الفروض الغير المتناهيه و هذا لا يمكن الالتزام به بأن يقال ان من ملك نصف الدينار فقد ملك أموالا غير متناهيه كما هو واضح.

نعم، يتصور ذلك فى تملك الكلى فى المعين و تمليكه كبيع صاع من الصبره المعينه فإن المملوك انما هو العنوان الانتزاعى الكلى ينطبق على الصياع الخارجيه و اين ذهب التشخص عن ملكه و عليه لا يمكن بناء على أن مال الميت قد انتقل إلى الورثه مفروضا من الأول، هذا هو الوجه الأول.

الوجه الثانى: أنه إذا فرضنا أن الميت قد خلف عشره أبناء و ترك من المال فلسا واحدا بحيث لو قسم إلى العشره تخرج حصه كل منهم عن الماليه و يكون موردا لحق الاختصاص فقط هذه هى المقدمه الأولى.

المقدمه الثانيه: أنا ذكرنا مرارا عديده أن دليل الضمان لا يدل على أزيد من ضمان الأموال كقاعده الضمان بالإتلاف و نحوها و إذا أتلف أحد مملوك أحد الذى غير متمول فى نظر العرف لا يكون ذلك موجبا للضمان بل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۲۱

لم يفعل محرما أيضا لأن دليل دل على حرمه التصرف فى مال امرأ مسلم لا فى ملكه، و هكذا لو أتلف ما ليس بمملوك لأحد، بل هو متعلق لحق الغير كالميته المختصه لأحد و نحوها، فإنه لا يوجب الضمان، بل لا دليل على تحريمه أيضا من حيث التصرف فى متعلق حق الغير ما لم يوجب ذلك ازاله حقه.

و نتيجه المقدمتين أنه بناء على المشهور من انتقال التركه إلى الورثه ابتداء على سبيل الافراض أن إتلاف التركه التى كانت قليله بحيث مع التقسيم إلى الورثه تخرج عن الماليه كفلس واحد لا يوجب الضمان لأن حق كل منهم ليس بمال

و المجموع و ان كـان مالاـ و لكنه ليس مملوكا لأحـد كما هو المفروض، و هـذا مما لا يمكن الالتزام به و على هـذا فلا بـدّ من القول بـأن التركه انما تنتقل إلى الورثه من حيث المجموع و يكون الورّاث بأجمعهم قائمين مقام الميت فكان الميت مالكا للمال بوحـدته و قـد ملكتها الورثه بأجمعهم، فمجموع الورثه مالك واحـد و شـخص واحد قد قاموا مقام الميت فكأن كل واحد منهم نصف المالـك أو ثلثه أو ربعه أو سـدسه على حسب اسـتحقاقهم و حصصـهم و هـذا المعنى حيث كـان أمرا دقيقا لا يفهمه نوع العرف، و لـذا يعبر فى العرف أن كـل واحـد من الورثه مالـك للثلث أو الربع أو السـدس أو غير ذلـك و من جهه لحاظـا الفهم العرفى قـد عبّر فى الآـيه بلحـاظ حصـتهم و ظاهر الآيه طرف القسـيمه فلا تنافى الآيه بكون انتقال التركه إلى مجموع الورثه و ان كل واحد من الورثه مالكيته بمقدار حصته.

و بعبـاره أخرى أن الآـيه لاـ تنـافى ممـا ذكرنـاه من كون انتقـال الإـرث من الميت الى الوارث انمـا هو بحسب مجموع من حيث المجموع بأن انتقل مجموع التركه إلى مجموع الورثه بحيث تكون الآيه ظاهره فى انتقال التركه إلى الورثه بحسب النسـبه ابتـداء لتنافى ما ذكرناه فإنه مع القول بما ذكرناه أن استحقاقهم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۲۲

للإـرث انمـا بحسب النسـبه أى و ان لم يكن الانتقـال بحسب النسـبه، بـل انتقل مجموع التركه إلى مجموع الورثه و لكن لم يبق ذلك الى الأبد، بل إذا أرادوا القسـمه فاستحقاقهم بعد الانتقال انما هو بحسب النسبه فحيث أن لحاظ جهه الانتقال معنى دقيق لا يلتفت اليه نوع الناس بأن

يفهم كل أحد أن مالكيه كل وارث بحسب نسبه استحقاقه لا أن كل واحد مالك للسدس أو الربع، مثلا، بل نصف المالك و ربع المالك و سدس المالك و نحو ذلك و لأجل هذه الجهه أعنى عدم التفاوت نوع الناس بذلك يعبّر فى العرف أن لكل واحد من الورثه المقدار الفلانى، أى يسمى فى مقام البيان و الذكر جهه الاستحقاق التى ثبت عند إراده القسمه لا عند الانتقال.

و القرآن الكريم أيضا جرى فى التعبير على هذا المعنى العرفى لا أنه ينكر أن كيفيه الانتقال ليست على النحو الذى ذكرناه كما هو واضح.

و الحاصل: أن كيفيه انتقال التركه إلى الوارث و أن كان على سبيل ما ذكرناه، و لكن فى مقام التعبير عنها عرفا يلاحظ كيفيه الاستحقاق و نسبه القسمه لأجل السهوله فى الفهم كما عبّر كك فى القرآن أيضا.

و يؤيد ما ذكرناه من كون انتقال التركه إلى الورثه على نحو العموم المجموعى أنه قد يكون ما تركه الميت أمرا بسيطا غير قابل للقسمه كما إذا آجر أحدا لإتيان ركعتين من الصلاه فمات قبل أن يأتى بها الأجير فإنه بناء على كون الانتقال بحسب النسبه و على نحو القسمه ابتداء كيف تكون حال هذا العمل البسيط، فهل يكون بعض الورثه مالكا لركعه و بعضه الآخر مالكا لركعه أخرى أو بعضه مالكا لفاتحه الكتاب و بعضه للسوره و كل ذلك لم يكن فتعين ما ذكرناه، فافهم.

ثم ان هذا الذى ذكرناه جار فى جميع موارد الشركه القهريه و الاختياريه و كك فى بيع نصف المبيع مشاعا فان معنى الشركه واقع فى المال الخارجى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۲۳

هو هذا.

نعم، يتصور التمليك على نحو الكلى و لكنه

خارج عن هـذا و على هـذا المسـلك الذى سـلكناه فى إرث المال يتضح الأمر فى إرث الحق أيضا، فإنه إذا كان الانتقال بعنوان المجموع فيمـا أمكن التبعيض و التقسـيم حين الانتقـال كـإرث الأموال فكون الانتقال على نحو العموم المجموعى فيما لم يمكن الانتقال بعنوان التبعيض كما فى إرث الحق أولى، فان الحق أمر واحـد بسـيط غير قابل للتبعيض فكيف يمكن التقسـيم فيه بحيث ينتقـل الى كـل ورثه نصف الحق على أن دليـل إرث الحق هو دليل ارث المال من النبوى ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه هـذا إذا كان دليل ارث الخيار هو النبوى و اما إذا استشـكلنا فيه كما تقـدم و قلنا أن مـدركه هو الإجماع و تسالم الفقهاء على ما تقـدم فـالمتيقن منه هو أن يلتزم بكون انتقـال حق الخيـار إلى الورثه على نحو العموم المجموعى بـأن ينتقـل مجموع الخيـار الى مجموع الورثه فيكون النتيجه على هذا و على المسـلك المتقدم هو ما ذكره المصنف فلا يكون فسخ كل واحد من الورثه العقد و اعماله الخيار بذلك أو إمضائه ذلك الذى عبر فى الروايات بالرضا فقال عليه السلام و ذلك رضى منه بالعقد فلا يكون ذلك موردا للأثر مع قطع النظر عن اعمال الوارث الآخر الخيار بالفسخ أو الإمضاء.

و إذا لم نقل على المقاله المتقـدمه و قلنا فى إرث المال أنه على سبيل التبعيض و التقسـيم من الابتداء كما هو ظاهر الآيه و مورد تسـالم المشـهور فـح فالأمر فى الحقوق أيضا على نهـج ما سـبق و لا يمكن الالتزام بانتقال الحق إلى الورثه على حسب النسبه و الاستحقاق و ذلك أما بناء على كون دليل ارث الخيار هو الإجماع فواضح فان

المتیقن منه أن ینتقل الی المجموع و تکون الورثه بأجمعهم فی حکم شخص واحد قائم مقام المیت فإنه لم یکن

للمیت الّا حق واحد بسیط، و لم یتبعض له، فکیف یتبعض للورثه فمقتضی أخذ القدر المتیقن هو ذلک.

و أما علی فرض أن یکون الدلیل علی ذلک هو عموم ما ترکه المیت من حق أو مال فلوارثه فمن جهه أنه لا دلیل علی تبعیض الخیار للورثه بأن ینتقل إلیهم بحسب نسبه استحقاقهم لأن الدلیل انما دل علی أن ما ترکه المیت من الحق فلوارثه و من الواضح أن المیت قد ترک خیارا واحدا و حقا بسیطا غیر متبعض و ح فکیف یکون لکل وارث بعض ذلک الحق، فلا بدّ و أن یکون هذا الحق الواحد البسیط منتقلا الی المجموع من حیث المجموع.

و بعباره أخری ما ترکه المیت هو الحق الواحد فلا بدّ فی فرض إرث الورثه الحق أن یرثوا هذا الحق الواحد و ما یرثه الوارث من حصص الخیار لم یترکها المیت فلا دلیل علی ارث الخیار حسب نسبه استحقاق الورثه، بل لا بدّ فی فرض الإرث أن یفرض المجموع شخصا واحدا قائما مقام المیت و یکون کل واحد نصف ذی الخیار أو ربعه و هکذا علی فرض نسبه استحقاقهم فی مقام التقسیم، بل الدلیل علی عدم ارث الخیار بحسب نسبه الاستحقاق فی المال هو أی الدلیل علی العدم أن المیت لم یکن له اعمال هذا الحق بالنسبه الی بعض اجزاء المبیع دون بعض سواء فی الخیارات المجعوله من قبل الشارع أو المجعوله لنفسه فلیس له أن یفسخ العقد فی خیار الحیوان فی بعضه دون بعض و کذا فی خیار

المجلس و غيره، و قد تقدم ذلک فی ثبوت خيار المجلس للأصيل و الوکيل فإذا لم يکن للميت ذلک فکيف يکون لورثته أن يفسخ العقد فی بعض المبيع دون بعض على الجمله فاحتمال أن يرث کل ورثه من الميت خيارا بحسب نسبه استحقاقه فی المال بحيث يکون مسلطا على فسخ العقد أو إمضائه فی بعض دون بعض واضح البطلان.

و من هنا ظهر أنه لا وجه للقول بثبوت الخيار للطبيعی أيضا بل هذا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۴۲۵

أسوء من سابقه فان فی السابق کان اقلا لکل ورثه خيار بحسب استحقاقه المال من الترکه و يصدق عليه ان ما ترکه الميت من حق فلوارثه و فی هذه الصوره ليس ککک بداهه عدم الدليل عليه بأن يکون الخيار ثابتا لصرف الوجود فإذا سبق أحد الورثه إلى إعماله فسخا أو إمضاء لم يبق للآخر مجال مع أن الدليل کان دلا على أن ما ترکه الميت من حق أو مال فلوارثه لا لطبيعی الوارث ليکون الخيار لمن سبق على أن دليل ارث الخيار هو دليل ارث المال فهل يتوهم أحد کون الإرث ثابتا للطبيعی بحيث کلمن سبق إلى أخذ الترکه لا يکون لغيره ذلک.

و قد اتضح مما ذکرناه بطلان الاحتمال الثانی المتقدم فی أول المسأله و هو أن يکون لکل منهم خيار مستقل من حيث فسخ العقد دون الإمضاء فإنه لا دليل على ذلک أيضا على أنه إذا کان له خيار من حيث الفسخ فلما ذا ليس له خيار من حيث الإمضاء مع أن الدليل مطلق و کذا لا دليل على الاحتمال الأول أيضا بأن يکون الخيار لکل واحد من الورثه فسخا و إمضاء على نحو الاستحقاق بحيث

لاـ يبقى مجال مع اعماله الخيار إلى الورثه الأخرى و ذلك لأن الدليل كان يقتضى أن يكون ما تركه الميت من الحق و المال للوارث بأجمعهم لا لوارث واحد.

و بعباره أخرى أن الوارث لم يتلق الخيار ابتداء من الشارع ليكون مستقلا فى اعماله، بل يتلقاه من الميت و هو خيار واحد فلا يمكن أن يكون هذا لكل ورثه خيار مستقل إذا سبق إلى إعماله، بل هذا الخيار الواحد ثبت لمجموع الورثه و لم يتوهّم ذلك أحد فى إرث المال مع أن الدليل واحد.

و على الجمله أن ملاحظه كيفيه الإرث فى المال و اتحاد الدليل على ارث الخيار و المال يقتضى بطلان هذه المتحملات أجمع فلا دليل على أن يرث كل من سبق إلى اعمال الخيار الحق المذكور و لا يبقى مجال للبقيه فما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۲۶

ذكره المصنف من كون الخيار ثابتا للمجموع بحيث لا يؤثر اعمال واحد منهم الخيار فسخا و إمضاء بدون الآخر واضح البطلان كما لا يخفى.

ثم ان ما ذكرناه من كون انتقال الحق إلى مجموع الورثه كان من حيث القاعده مع أخذ المدرك للإرث فى الخيار هو النبوى ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه مع العلم الخارجى بأن الحق من جمله ما تركه الميت و قد ذكرنا أن القاعده هو ذلك فى تقسيم المال أيضا، و ان كان المال قابلاـ للقسمه و الحق غير قابل لها و أما إذا كان المدرك هو الإجماع فالأمر أوضح لأن المتيقن منه أن تكون مجموع الورثه مجتمعين على الفسخ أو الإمضاء و لا يكون لكل واحد حق فسخ العقد و لو فى البعض على نحو الاستقلال، بل مقتضى أخذ القدر

المتيقن أن لا ينفذ اعماله الخيار فسخا و إمضاء على نحو الاستقلال حتى فى البعض أيضا كما هو واضح.

ثم انه بعد ما بنى المصنف على أن ارث الخيار على نحو المجموع أى ينتقل الخيار من الميت الى المجموع الورثه ذكر أن هذا جار فى مطلق الحقوق الّا أن يثبت من الخارج عدم سقوط الحق عن الآخر بعفو بعضه بل يكون هو مستقلا فى الاستيفاء و لا يقيد استيفاء حقه باجتماع الورثه على الاستيفاء بحيث إذا خالف أحدهم و عفى عن حقه لم يكن للآخر الاستيفاء بل مع العفو من أحد يستوف الآخر حقه غايه الأمر فى مثل حقه القصاص يدفع الى المقتص منه بمقدار حق من عفى عنه، و الظاهر أن هذا الحكم مشهور بين الفقهاء على ما فى المتن و ان احتمله فى الدروس من أن أحد الورثه إذا عفى عن الشفعه كان للآخر الأخذ بكل المبيع و كيف فالكلام فى مدرك الفرق بين هذه الحقوق و بين الخيار حيث انا ذكرنا أن الإرث فى الخيار على نحو المجموع فليس لأحد الورثه أن يعمل خياره مع إسقاط الآخر ذلك بخلافه فى الحقوق المذكوره.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۲۷

و ذكر المصنف أن وجه الفرق بينهما هو دليل لا ضرر حيث ان منع من له حق القذف من الورثه بإسقاط الوارث الآخر حقه و كك فى حق القصاص و الشفعه ضرر على ذى الحق فإنه لو سقطت الشفعه بعفو أحد الشريكين تضرّر الآخر بالشركه فيكون دليل نفى الضرر مانعا عن منع غير العافى عن اعمال خياره و كك أن سقوط حق القذف و القصاص بعفو البعض ضرر على غير العافى لأن الحكمه فيها التشفى فابطالها

بعفو أحد الشركاء إضرار على غير العافى و لا شبهه أن قاعده لا ضرر غير موجود فى المقام.

و لكن للنظر فيما ذكره المصنف مجالا واسعا و ذلك من جهه أن عدم سقوط حق القذف عن بعض الورثه بعفو بعض الآخر انما هو من جهه النص الخاص لا من جهه دليل نفى الضرر، و الّا كان ذلك مثل الخيار، فهذا الواحد لا كلام فيه للنص الخاص.

و أما عدم سقوط حق القصاص عن البعض بعفو الآخر فمن جهه ان الورّاث الذين فى الطبقه الأولى أو فى الدرجه الأولى يتقدمون على أهل المرتبه الثانيه و الدرجه الثانيه فمع وجود الأولاد لا تصل النوبه إلى أولاد الأولاد أو الى الاخوه مثلا و يكن مع انتفائهم تصل النوبه إلى المرتبه الثانيه و الدرجه الثانيه لا أن أهل الدرجه الثانيه و المرتبه الثانيه يكونون ولى الدم من جهه إرثهم حق القصاص من المورّث لأن معنى الولى هو الذى يلى أمر الميت، فالورّاث كلهم يلون أمر الميت غايه الأمر كل فى مرتبته و عليه فمقتضى قوله تعالى وَ مَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنا لِوَلِيِّهِ سُلْطاناً هو أن كل من يلى أمر الميت و لو من الورّاث الواقعين فى المرتبه الثانيه أو فى الدرجه الثانيه فهو ولى الميت فى أخذ حق القصاص من القاتل و عليه فلكل من الورثه أن يقتص من القاتل يكونه وليّ الدم و ان عفى الآخر عن حقه غايه الأمر أنه لا بدّ له أن يعطى من ديه المقتص منه لوارثه المقدار الذى عفى الآخر كما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۲۸

أنه لا بدّ له أن يعطى حق الوارث الآخر إذا لم يعف عن حقه و لم يرض

بالقصاص أيضا.

و على الجمله أن عدم سقوط حق القصاص بعفو البعض أيضا غريب عن دليل نفى الضرر كما هو واضح.

و أما حق الشفعه فان لم يرد فيه نص على عدم سقوطه بعفو الآخر و لا دليل آخر يقتضى تلقى الورثه ذلك ابتداء من اللّه تعالى، و لكن لا نلتزم فيه بغير ما التزمناه فى حق الخيار، بل نجرى فيه عين ما ذكرناه فى إرث الخيار بان نقول أن الميت إذا كان له حق الشفعه على أحد فمات يقومون الورّاث بأجمعهم مقامه فى ذلك فلهم جميعا أن يأخذوا و يتملكوا حصه الشريك المبيعه بحق الشفعه.

و أما إذا عفى أحدهم عن حقه أو لم يعمل حقه و سكت لا دليل على استقلال البقيه بأعمالهم حقهم و الأخذ بالشفعه لما تقدم من التفصيل فى حق الخيار سواء كان المدرك لإرث حق الشفعه هو النبوى ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه مع العلم الخارجى بأن حق الشفعه من جمله ما تركه أو كان الدليل على ذلك هو الإجماع كما تقدم فى الخيار، فافهم.

و أما ما ذكره المصنف من الفرق بين الخيار و الحقوق المذكوره أعنى حق القذف و حق القصاص و حق الشفعه و دعواه أن حديث نفى الضرر هو الفارق بينهما فيرد عليه.

أولا: أن لا ضرر انما هو مسوق لنفى الأحكام الضرريه فى الشريعه المقدسه و ليس مسوقا لدفع ما يوجب عدم جلب المنفعه و من الواضح أن الوارث بإعماله حق الشفعه يجلب المنفعه و هى ضم حصه الشريك المبيعه لحصه نفسه خصوصا إذا كانت الحصّه المبيعه مبيعه بقيمه رخيصه و لا شبهه أن عدم ثبوت حق الشفعه له لا يوجب ضررا عليه لما ذكرنا فى

قاعده لا ضرر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۲۹

و فى خيار الغبن أن الضرر انما هو نقص فى المال و الطرف و العرض و ليس هنا نقص بوجه من الوجوه كما هو واضح.

و ثانيا أنه لو كان دليل نفى الضرر جاريا فى المقام و كان موجبا لثبوت الحق للوارث لتملك حصه الشريک المبيعه بالشفعه فلما ذا لا يجريه المصنف عين ذلک فى الخيار أيضا لكن يلتزم بثبوته للوارث أيضا إذ لا فارق من هذه الجهه بين الخيار و حق الشفعه خصوصا إذا كان ما باعه الميت بقيمه رخيصه فإنه يقال هنا ان عدم ثبوت الخيار للوارث ضرر عليه كما هو واضح.

و ثالثا: أن حديث نفى الضرر انما ورد فى مقام الامتنان على الأمه و لا يجرى فى الموارد التى كانت على خلاف الامتنان و من الواضح أن جواز أخذ الوارث الحصه المبيعه من الشريک الذى هو المشترى ضرر عليه فلا يمكن الحكم بشمول المقام لذلک نعم أصل جعل حق الشفعه للشريک مبنى على الضرر خصوصا بعد ما ورد فى بعض روايات الشفعه من تطبيق لا ضرر و لا ضرار بذلک، الّا أنه لا بدّ من الاقتصار بمورد التطبيق و أما بالنسبه إلى الوارث فلا نطمئن بذلک فان لاحتمال اختصاص التطبيق بمورده و هو نفس الشفيع مجالا واسعا كما هو واضح.

و على الجمله فلا يمكن التمسک لإثبات حق الشفعه للوارث بدليل لا ضرر إذا فحق الشفعه و الخيار على حدّ سواء فلا بدّ من الالتزام بأن حق الشفعه إذا التزمنا بانتقالها الى الوارث انما ينتقل الى المجموع من حيث المجموع.

على أنه لو التزمنا بثبوته للوارث أيضا فلما ذا لا يختص كل منها بحصه نفسه بان

يفسخ العقد بالمقدار الذى يرث من الحق أى بنسبه حقه الذى وصل اليه من المورّث بل التزم المشهور بان الوارث الواحد أيضا يعمل حقه فى تمام المبيع فان هذا لا يقتضيه دليل نفى الضرر كما أنه لو قلنا بثبوت

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۳۰

الخيار لكل واحد من الورثه له أن يعمل خياره بنسبه حقه و أما الأزيد فلا فإذا أراد الفسخ يحلّ العقد فى مقدار حقه كأنه لم يكن من الأول و فى الشفعه أيضا إذا اعمل حقه فى مقدار نصيبه و فسخه و جعله كأن لم يكن يدفع به الضرر كما هو واضح.

و لكن هذا الإيراد الأخير واضح الدفع بداهه أن حق الشفعه لا يتعلق بالعقد بحيث يكون مثل الفسخ موجبا لحل العقد و جعله مثل الأول بحيث لم يكن هنا عقد أصلا بل انما يتعلق بالعين و يتملكها بالشفعه و أن كل من له حق الشفعه إذا أعمل حقه فلا بدّ و أن يعمل ذلك فى مجموع الحصه المبيعه و يتملكها بالشفعه و هذا حكم شرعى قد ثبت بالروايات فى الشريعه المقدسه فيكون ذلك مثل الغصب غايه الأمر أنه غصب شرعى لا غصب محرم.

و من هنا ذكر المحقق فى الشرائع الشفعه بعد الغصب لأجل المناسبه بينهما كما لا يخفى و يكون ذلك تخصيصا لدليل التجاره عن تراض بحيث مع عدم رضا المشترى أيضا يفسخ الشفيع و لو كان البائع باعه بقيمه رخيصه و عليه فحق الشفعه من هذه الجهه أجنبيه عن الخيار بالكليه كما هو واضح، فلا دفع للإشكال المذكور أى دعوى أنه لا ملزم لإعمال حق الشفعه فى مجموع العقد، بل لا بدّ و أن يعمل فى بعضه المختصّ لنفسه

لاندفاع الضرر به.

قوله: فرع إذا اجتمع الورثه كلّهم على الفسخ فيما باعه مورّثهم.

اشاره

أقول: إذا بنى جميع الورثه على الفسخ و فسخوا العقد فيقع البحث هنا فى جهات:-

الجهه الاولى: فى أنه إذا مات من له الخيار و كان له دين مستغرق للتركه فهل يجوز للورثه الفسخ هنا أو لا

و قد تقدم فى إرث الزوجه الخيار و الاشكال فى إرث الخيار فى صوره استغراق الدين التركه من جهه أنه أى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۳۱

ذى الخيار لا- يتمكن من الفسخ فان قانون الفسخ أن يكون الفاسخ مالكا لمن انتقل اليه ليخرجه من ملكه و يتملك فى مقابله المال المنتقل عنه و من الواضح أن الورثه ليست كك، لما ذكرنا أن المال لا ينتقل إلى الورثه فى صوره استغراق الدين كما هو مقتضى قوله تعالى مِنْ بَعْدِ وَصِیَّهٍ یُوصِی بِهٰا أَوْ دَیْنٍ، و کک هو مقتضى الروايات كما هو واضح، و کک على القول بالانتقال إلى الورثه، أن التركه متعلقه لحق الغرماء فليس لهم التصرف فى متعلق حق الغير.

و مع الإغماض عن ذلك أن الفسخ قد يكون موجبا للمفسده كما إذا كانت التركه قبل فسخ الورثه العقد تساوى ألف دينار و بعد الفسخ تساوى خمس مائه دينار، لترقى قيمه ما أخذه الميت بالمعامله الخياريه فإن الفسخ هنا يوجب المفسده بين الديان، و قد لا- يكون موجبا للمفسده كما إذا كانت التركه تساوى مائه دينار سواء كان قبل الفسخ أم بعده فهل للورثه فى المقام حق الفسخ أو لا- فنقول ان كان مدرك ثبوت الخيار للورثه هو النبوى أعنى قوله (ص) ما تركه الميت فلوارثه فلا إشكال فى جواز الفسخ لهم و ثبوت الخيار لهم كما هو مقتضى الإطلاق بعد إحراز أن حق الخيار مما يصدق عليه التركه و من جمله ما تركه الميت أى بعد إحراز الصغرى من الخارج و لو بالعلم الوجدانى، فإنه فى هذه الصوره يتمسك

بإطلاق الـدليل اللفظى و يحكم بثبوت الخيار للورثه و ان لم يحصل لهم شـى ء من ذلك، و ليس للـديان المنع من ذلك فإنه لا يجب للورثه حفـظ موضوع التركه للـديان، بـل لهم إعـدام موضوعهـا أو إبقائها كما هو واضـح، فان الفسـخ يعـدم موضوع بقاء التركه بالمقدار الكثير كما أن عدم الفسخ يوجب كثرتها.

و ان قلنا أن مدرك الخيار هو الإجماع فالمتيقن هو صوره عدم وجود الدين المسـتغرق للميت و مع القول بالجواز هنا أى شمول الإجماع لهذه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۳۲

الصوره أيضـا فالمتيقن هو كون الفسـخ مصـلحه للـديان و مع التنزل فلا أقلا لا بـدّ و أن يكون الفسـخ و عـدمه بالنسـبه الى حال الورثه سيان بان لا يكون مصلحه لهم و لا مفسده لهم، كما هو واضح.

الجهه الثانيه: أنه إذا كان الفسخ مصلحه للديان فهل يجب الفسخ للورثه أو لهم إجبارهم على الفسخ أو ليس لهم ذلک،

و لا يجب عليهم الفسخ فإنه لا يجب للورثه إيجاد الموضوع للتركه أصـلا، فضـلا عن إيجاد الموضوع لكونها زياده، بل بناء على ثبوت الخيار لهم بالوراثه فهم مخيرين أيضا فى ذلک، أى فى الفسخ و عدمه، كما هو واضح.

الجهه الثالثه: فيما يعطى لمن هو طرف العقد مع الميت بعد فسخ العقد،

اشاره

فصور المسأله هنا ثلاثه،

الصوره الاولى أن يكون دين الميت مستغرقا لتركته و مع ذلک فسخ الورثه العقد

و ح فتاره تكون عين الثمن الذى أخذه الميت من المشترى أو عين المبيع الذى اشتراه من البائع الأجنبى باقيه بعين أموال الميت، و ح فلاـ شـبهه فى أنه يأخـذ المشترى فى الفرض الأول و البـائع فى الفرض الثانى عين ماله من أموال الميت، فان قانون الفسـخ يقتضـى رد كل مال الى صاحبه الاولى، بعـد الفسـخ، و حيث ان المبيع فى الفرض الأول و الثمن فى الفرض الثانى قـد رجع الى ملـک الميت و الى محلهما الاولى، فلا بـدّ و أن يرجع ما يقابلهما الى محلهما أيضا و المفروض أن فى صوره اسـتغراق الـدين لا تنتقل التركه إلى الورثه، بل هى باقيه فى ملک الميت، كما هو ظاهر قوله تعالى مِنْ بَعْـدِ وَصِـيَّهٍ يُوصِـى بِهٰا أَوْ دَيْنٍ على ما تقـدم فلاـ بـدّ من ردّ عينهما الى مالكهما الأول، كما هو مقتضـى ضـمان اليـد و ان لم تكن الثمن أو المثمن فى الفرضـين المـذكورين باقيين بل كانا تالفين فان ذلک يكون من جهه الديون أيضا فتضرب التركه عليهم و تقسم بينهم على حسب ديونهم، فان مقتضى ضمان اليد رد العين المضمونه مع البقاء و مع التلف ينتقل الضمان الى البدل، فيكون من جمله الديون فان كانت التركه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۳۳

وافيه بجميع فهو و الّا يقدم المشترى و البائع فى أخذ ما يقابل مالهما على بقيه الديان أو لا فذكر شيخنا الأستاذ أنهما أحق بذلك بعد فسخ العقد و لكن لا نعرف وجها لذلك، فإن الأحقيه بالنسبه إلى بقيه الديان قد ثبت فى موردين، الأول: فى العين المرهونه فإنه إذا مات الراهن و لم يفك العين من الرهن و

كان عند ديون مستغرقه للتركه فإن المرتهن أولا بالعين المرهونه من البقيه فيبيع ذلك و يستوفى حقه منها و إذا كانت فيها زياده يردها إلى التركه و المورد الثانى فيما باع الميت قبل الموت شيئا كليّا و لم يسلمه قبل الموت حتى مات فإنه يخرج المبيع من تركته قبل الديان و كل ذلك للنص الخاص و لا شبهه أن المورد ليس منها و لا أنه ورد فيه نص خاص فما ذهب اليه شيخنا الأستاذ فاسد جدا.

الصوره الثانيه: أن لا يكون للميت دين أصلا و فسخ الوارث العقد

فان كانت العين المنتقله إلى الميت بالمعامله الخياريه تالفه كان قيمتها دينا عليه بعد الفسخ، فلا بدّ و أن يخرج من تركته و من الواضح أنه لا فرق فى وجوب أداء دين الميت من التركه بين الدين القديم أو الحادث بعد الموت كما عليه الضروره كما أنه يملك بعد الموت أيضا بلا شبهه لصحه اعتبار الملكيه له كما يصح اعتبار الملكيه للكلى كمساجد و نحوه، إذ الاعتبار خفيف المؤنه فيصح أن يتعلق بالمعدوم كما يصح أن يتعلق بالموجود، فافهم، و الفرض أنه لا دين له فيخرج ذلك منها فيكون ما ينتقل اليه بعد الفسخ من جمله تركته و الوجه فى ذلك أى فى كون ذلك دينا للميت و كون ما يرد بالفسخ من جمله تركته أن قانون الفسخ كما عرفت هو ردّ كل من الثمن و المثمن الى مالكه الأول و مقتضى اعمال قانون الفسخ هو ما ذكرناه، كما هو واضح.

و ان كانت العين باقيه صريح كلام المصنف، بل التسالم بين الفقهاء أن صاحب الميت أعنى الطرف الآخر للمعامله يأخذ العين بعد الفسخ و يكون ما ينتقل الى الميت بالفسخ من جمله التركه و لكن للمناقشه فيه مجالا

مصباح

واسعا كما عرفته سابقا فى إرث الزوجه، الخيار و ذلك لأن التركه بأجمعها مع عدم القرض و الوصيه انتقل إلى الورثه و من جملتها المال المنتقل الى الميت بالمعامله الخياريه و مقتضى قانون الفسخ هو أن ينتقل كل من العوضين الى ملك مالكه الأولى و اذن فالمال الذى انتقل من الميت قبل موته بالمعامله إلى طرف معامله ينتقل الى الميت كما هو مقتضى قانون الفسخ و لا شبهه فى تصوير مالكيه الميت أيضا كما فى صوره مالكيه المسجد، و الجهات العامه و حيث أن مقابله كان فى حكم التلف لخروجه من ملك الميت و دخوله فى ملك الوارث فيكون ذلك من جمله ديون الميت فلا معنى للحكم بأخذ البائع أو المشترى (الذى هو طرف المعامله مع الميت) عين ماله من جمله التركه و على الجمله فلا دليل على أخذ صاحب الميت العين المنتقله إلى الورثه يعد كونها بذلك فى حكم التلف، كما هو واضح.

الصوره الثالثه: أن يكون للميت وصيه أو دين و لكن لم يكن دينا مستغرقا للتركه، ثم فسخ الورّاث العقد،

و ان كانت العين المنتقله إلى الميت تالفه قبل الفسخ، كان مقابلها من جمله الديون لأن مقتضى دليل اليد هو لزوم ردّ العين و مع التعذر ينتقل الضمان إلى القيمه و البدل، و يكون بدله دينا للميت فيخرج من التركه و يكون ما انتقل من البائع مثلا الى الميت من الثمن بالفسخ من جمله التركه.

و ان لم يكن العين تالفه فهل يأخذ طرف الميت فى المعامله عين ما انتقل منه الى الميت أو تنتقل الى البدل أو يلتزم هنا بالأمر المتوسط، الظاهر هو الأخير، فإنه بعد ما مات أحد و كان عنده دين غير مستغرق لا ينتقل جميع أمواله إلى الورثه، بل يبقى بمقدار الدين و

الوصیه أیضا لو کانت فی ملک المیت کما هو مقتضی ظاهر الآیه علی ما تقدم و اذن فیکون المیت مشترکا مع الوارث فی الترکه مشاعا لعدم تعین حصه کل منهما بعین خاصه، و من الواضح أن من جمله الترکه تلک العین المأخوذه من الغیر بالبیع فتکون هی أیضا مشترکه بینهم، و علیه فإذا فسخ الورّاث العقد فیرجع ما انتقل من المیت البائع مثلا الی ملک المیت کما هو قانون الفسخ فیکون من

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۴۳۵

جمله الترکه و یردّ من العین المبیعه التی هی کانت تحت ید المیت إلی البائع بعد الفسخ بالمقدار الذی فی ملک المیت، فیکون البائع شریکا بنسبه مالکیه المیت فی العین شرکه مشاعیه، و أما بالنسبه إلی بقیه حقه أی البائع فیکون ذلک دینا فی ذمه المیت فیخرج من أصل الترکه کما تقدم، فافهم و تأمل.

و التکلم فی هذه المسأله لا- یتوقف علی القول بارث الخیار بداهه أن الکلام هنا متمحض لبیان حال انفساخ معامله المیت بعد موته و هذا تاره یکون بفسخ الوارث التی یتوقف علی القول بارث المیت الخیار و أخری یکون طرف المعامله مع المیت من المشتری أو البائع و هذا لا- یتوقف علی القول بارث الخیار، کما إذا باع المیت ماله من غیره بمائه دینار و کانت قیمته خمسین دینارا، فإن للمشتری خیار الغبن، فإذا لم یفسخ حتی مات البائع و فسخ المشتری بخیار الغبن، فان بیان هذه المسأله و تنقیح ذلک لا- یتوقف علی القول بارث الخیار، و کک إذا ترافعا فی الفسخ و عدمه و حکم بالفسخ فإنه یکون أیضا من صغریات هذه المسأله کما هو واضح.

ثم أن الظاهر أن تنقیح هذه المسأله یقع فی ضمن صور ثلاثه التی یترتب الأثر علیها

اشاره

و أما الصور التی لا

يترتب عليه الأثر فهى كثيره و لا يهم التعرض لجميع ذلك.

الصوره الاولى: أن يكون الدين مستغرقا للتركه

و قد تقدم أنه قد يكون ما أخذه الميت من الغير من الثمن أو المثمن تألفا و أخرى يكون باقيا.

و أما فى صوره البقاء فلا ريب أنه بعد انفساخ العقد من ناحيه الورثه أو من ناحيه من هو طرف الميت من المشترى أو البائع يرجع الى ماله الذى كان منتقلا الى الميت و يسترده و ذلك لما عرفت أن قانون الفسخ هو رجوع كل من العوض و المعوض الى ملك من خرج من ملكه، و من الواضح أن المفروض أن فى صوره استغراق الدين أن التركه لا تنتقل إلى الورثه، و جملتها ما أخذه الميت من طرفه فى المعامله فحيث كان ذلك باقيا بعينه فيأخذه فإن مقتضى دليل ضمان اليد أن يأخذ المالك عين ماله من الضامن و مع تلفها يأخذ بدلها و المفروض ان عين المال فى المقام موجوده.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۳۶

و أما فى صوره تلف العين بان يكون ما انتقل الى الميت تالفا، فيكون ذلك من جمله ديون الميت قسم التركه عليهم بحسب نسبه ديونهم و دعوى أن البائع أو المشترى أو باستيفاء ما انتقل عنه الى الميت من بقيه الديان كما ادعاه شيخنا الأستاذ لا يمكن المساعده عليه لعدم الدليل عليها كما تقدم.

الصوره الثانيه: أن لا يكون للميت مال أصلا،

و مع ذلك فسخ الوراث أو من باع المال من الميت المعامله فإنه ح ينتقل الثمن الى الميت و أما المبيع فحيث كان تالفا فيكون الميت مديونا ببدله و اذن فإن و فى الثمن بقيمه المبيع الذى هو دين على الميت يستوفى البائع الثمن من المبيع فلا كلام و ان كان هنا دين آخر للميت أو كان منحصرا به، و لكن لم يكن الثمن وافيا بقيمه

المبيع، لكونه أغلى، و قد كان الميت اشتراه بأقل للغبن مثلا و هل يكون الثمن ح دينا على الميت أو يكون من مال الورثه كما أن الإرث لهم وجهان كما فى المتن.

الوجه الأول: ما قوّاه المصنف فى آخر كلامه من أن الورثه قائمون مقام الميت فى الفسخ برد الثمن أو بدله و تملك المبيع فإذا كان المبيع مردودا على الورثه من حيث انهم قائمون مقام الميت اشتغلت ذممهم بثمنه من حيث انهم كنفس الميت، كما أن معنى إرثهم لحق الشفعه هو أن يتملك الورثه الحصه المبيع و يعطون الثمن من كيسهم لا من مال الميت فإذا فسخ الورثه العقد فى صوره عدم وجود المال للميت أو فسخه المشترى الذى هو طرف المعامله مع الميت كان الضرر على الورثه أى يعطون الثمن للمشترى من كيسهم كما أن ثمن الحصه المبيعه فى بيع الشريك حقه من كيس الورثه مع أخذهم ذلك بالشفعه.

الوجه الثانى: ان لا يكون الثمن من مال الورثه فى هذه الصوره أعنى صوره عدم وجود التركه الميت بداهه أن الورثه لهم حق الفسخ فى ذلك و أما لزوم الثمن عليهم فلا، كما إذا كان الخيار للأجنبى أو للوكيل الغائب

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۳۷

عن الموكل، فهل يتوهم أحد لزوم الثمن عليهم مع الفسخ، و أعمالهم الخيار فى ذلك العقد الذى لهم الخيار فيه و عليه فإذا فسخوا العقد و حلوه فمقتضى قانون الفسخ دخول المبيع فى ملك الميت و دخول الثمن فى ملك المشترى، و حيث أنه قد تلف الثمن فيكون دينا فى ذمته كما إذا كان له دين آخر مع عدم وجود التركه له و يوفى عنه ديون الميت و على هذا

فقد خرج الثمن العين عن ملك المشترى فيكون ذمه الميت مشغوله بالثمن الكلى، فلا يكون مال الورثه عوضا عن الثمن، إلّا إذا أعطوه برضايتهم كما إذا إعطائه شخص آخر أو أبرأه المشترى و مدرك الوجهين هو أن الفسخ هل هو فسخ العقد الواقع بين البائع و المشترى بحيث أنه يعدمه من الأول بقاء و يجعله كأن لم يكن من حيث البقاء لا من حيث الحدوث أولا، بل هو عقد جديد فيحصل به التبادل الجديد بين العوض و المعوض، فإنه على الأول يكون الفسخ موجبا لرجوع الثمن إلى المشترى و رجوع المبيع إلى البائع كما هو قانون حل العقد و جعله كأن لم يكن و على الثانى فيكون الفسخ عقدا جديدا واقعا بين الورثه و المشترى، فيأخذ الورثه المبيع و يردون عوض المثمن إليهم من مالهم الشخصى، و لكن الظاهر هو الأول فإن معنى الفسخ هو حل العقد من الأول بقاء كأنه لم يكن و على هذا فلا يمكن المساعده إلى الوجه الأول، بل لا بدّ من اختيار الوجه الثانى، فإنه بعد كون معنى الفسخ هو حل العقد الأول فلا يبقى مجال لاحتمال كونه عقدا جديدا، فافهم. و انه هو الصحيح لما عرفت من انه ليس للورثه إلّا حق الفسخ فقط كالأجنبى.

و أما قياس المقام بالشفعه واضح، الفساد للفرق البيّن بينهما حيث عرفت سابقا أن فى حق الشفعه إنما يتملك الشفيع الحصه المبيعه بالشفعه من غير أن يكون له تماس بالعقد من حيث الفسخ و الإمضاء بل من له حق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۳۸

الشفعه فى فرض صحه العقد يتملك الحصه المذكوره بالشفعه تملكا جديدا كالبيع، غايه الأمر أنه تجاره عن غير تراض الطرف

و غصب شرعى و يكون ذلك تخصيصا لدليل التجاره عن تراض و غصبا شرعيّا و أى ربط له بفسخ العقد بأعمال الخيار و إرجاع كل من العوض و المعوض الى محلهما الأول.

و ما ذكره المصنف من كون الورثه كالميت فى فسخ العقد و يقومون مقامه كأنهم نفس الميت و عليه فلا بدّ أن يعطوا الثمن من مالهم كما ان الميت إذا كان حيّا يعطى ذلك عن ماله لا يمكن المساعده عليه لعدم الدليل على ذلك غايه الأمر أن الدليل قام على إرث الورثه الخيار، و أما الزياده فلا، كما لا يخفى، فافهم.

الصوره الثالثه: أن يكون للميت مال و لم يكن له دين، أو كان و لم يكن مستغرقا للتركه و باع قبل موته متاعا

و كان له الخيار أو لصاحبه، فإنه ينتقل ماله حينئذ إلى الورثه و إذا فسخ الوارث العقد أو فسخه المشترى فبمقتضى قانون الفسخ ينتقل مال المشترى الى الميت أى ينتقل المبيع الى الميت لأنه كان خارجا من ملكه فيكون من التركه.

و أما الثمن فان كان تالفا فيكون بدله دينا على الميت فيخرج من التركه لعدم الفرق فى إخراج دين الميت من التركه بين الدين السابق على الموت و الدين الحادث بعد الموت، فان جميع ذلك يخرج من التركه أو يأخذ المشترى مقابل الثمن من المبيع الذى انتقل الى الميت بعد الفسخ فإنه يدخل فى ملك الميت و المفروض أن الثمن قد تلف فى ملك الميت اما تلفا حقيقيا أو تلفا حكميّا كنقله الى غيره فى حياته بالبيع أو بالهبه و نحو ذلك فيكون بدله دينا عليه، و ح لا ينتقل ذلك المبيع إلى الورثه لمكان الدين على ما اخترناه فى إرث المال من انه إذا كان للميت دين لا ينتقل ماله إلى الورثه بمقدار الدين، و ان كان المبيع وافيا بالثمن الذى يطالبه

المشترى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۳۹

من البائع فهو و الّا فيأخذ البقيه من التركه التى ورثتها الوارث لما عرفت من عدم الفارق بين الدين السابق على الموت أو اللاحق به فان جميع ذلک لا بدّ و ان يخرج من التركه.

و ان كانت العين باقيه و انتقلت التركه إلى الورثه التى من جملتها تلک العين ثم فسخ الوراث أو المشترى العقد و ح كان المبيع الـذى اشتراه المشترى من الميت قبـل الموت من جمله التركه و هل يكون عين الثمن منتقلا إلى المشترى بالفسـخ كما هو قانون الفسـخ فـإنه يقتضـى رجـوع كـل من العوض و المعوض الى ملـك من خرج من ملكه أو لاـ بـل يكون الثمن من جمله الـتركه لانتقاله إلى الورثه قبل الفسـخ و ان طرأ الفسـخ على العقد بعد ذلک فلا بدّ و أن يكون من جمله ديون الميت فيخرج من التركه التى من جملتها الثمن المـذكور لا عن عين الثمن فقط، كما عرفت، ربما يقال بالثانى كما ذكرناه سابقا و بيّنّا عليه بدعوى انتقال التركه إلى الورثه مع عـدم الـدين و من الواضح أن الثمن كان ملكا للميت فينتقل إلى الورثه و الفسخ انما نحقق بعد كون الثمن ملكا للورثه فلا معنى لعوده الى الميت بعد فسخ العقد حتى يعود الى ملک المشترى بقانون الفسخ.

و لكن الظـاهر هو الاحتمـال الأـوّل و أنه إذا فسـخ العقـد اما بفعل الورثه أو بفعل المشترى يرجع كل من العوض و المعوض الى مالكه الأول مع بقاء العين و لو فى ملک الورثه كما هو قانون الفسخ و لا ينتقض قانونه بانتقال التركه إلى الورثه كما هو واضح.

و السرّ فى ذلک أن مقتضى أدله الإرث

لفظيه كانت أو لبيه ليس أزيد من كون ما يملكه الميت على أى كيفيه كان منتقلا إلى الورثه فإن كان يملك أمواله بالملكيه المطلقه تنتقل تلك الأموال بتلك الكيفيه إلى الورثه و ان كان مالكا لها بالملكيه المقيّده ينتقل اليه ككك فان الدليل دل أن ما تركه الميت

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۴۰

فلوارثه، و من الواضح أن الميت إذا ترک شيئا فى ملكه بالملكيه المقيد لا- يقتضى دليل الإرث انتقاله إلى الورثه بالملكيه المطلقه كما هو واضح.

و عليه فان الميت كان ملكا للثمن أو المبيع مثلا- فى البيع الذى له الخيار أو للمشترى بالملكيه المحدوده بالفسخ لا بالملكيه المطلقه لما ذكرنا أن مرجع جعل الخيار فى العقد كالبيع مثلا الى تحديد الملكيه بالفسخ بمعنى أن كل من البائع و المشترى مالك للعوض أو المعوض بالملكيه الخاصه المحدوده بالنهايه المعينه و هى الفسخ فإذا مات البائع مثلا و انتقل ماله الذى من جملته الثمن المأخوذ من المشترى الى الورثه فينتقل ذلك على تلك الكيفيه الخاصه أى بالملكيه المحدوده فكما أن ملكيته كانت تزول بإيجاد الغايه و هى الفسخ فى حال حياته و ككك تزول ملكيه الورثه بإيجاد تلك الغايه كما هو واضح، و ح فإذا فسخ العقد اما بفعل الورثه أو بفعل المشترى انتقل كل من العوضين الى صاحبه أى ينتقل المبيع الى الميت و من الميت إلى الورثه و ينتقل الثمن من الورثه إلى المشترى لحصول غايه ملكيتهم المغياه من الأول و من حين البيع، بل هذا أمر ارتكازى للمتشرعه فى باب الإرث و عليه بناء العقلاء، فإنهم حاكمون بأنه إذا انتقل شى ء من شخص إلى الورثه لمكان مالكيته له انما ينتقل إليهم

على الكيفيه التى كان فى ملكه، بل هذا ضرورى فى بيع الخيارى كما إذا باع أحد من شخص داره بالبيع الخيارى بقيمه رخيصه لاحتياجه الى ثمنه و جعل لنفسه الخيار إلى مده ليفسخ بعد ذلك ثم مات المشترى و هل للورثه ان يتملكوا الدار بالملكيه المطلقه بدعوى أنها انتقلت إليهم فتكون مملوكه لهم بالملكيه المطلقه، بل ليس للورثه أن يخرجوا المبيع من ملكهم فى زمن الخيار للشرط الضمنى على الميت عند العقد فيعلم من ذلك أن ما ينتقل من الميت الى الوارث ليس مملوكا بأجمعه بالملكيه المطلقه بحيث يوجب الانتقال تبدل الكيفيه أيضا، بل مالكيتهم تابعه لمالكيه الميت خاصه و عامه كما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۴۱

فتحصل أنه إذا فسخ العقد بفعل الورثه أو بفعل شخص آخر الذى كان له الخيار انتقل مال كل الى مالكه الأول و لو كان منتقل إلى الورثه.

نعم، لو تصرف الورثه فيما انتقل إليه فى غير ما يكون المعامله عليه بالبيع الخيارى فإن البيع الخيارى قد تقدم حكمه اما بإتلافه حقيقه أو بما هو فى حكم الإتلاف كنقله الى غيره ببيع أو هبه أو نحوهما يكون ذلك فى حكم التلف فليس للمشترى مثلا أن يطالب الورثه عين الثمن و لا يفيد ما ذكرناه من كون الملكيه محدوده فى المقام و السرّ فى ذلك بحيث يظهر منه حكم سائر النواقل غير الإرث هو أن الوارث و ان كان يملك الثمن المنتقل اليه من الميت بالملكيه المحدوده بالفسخ كما ان نفس الميت كان ككك، الّا أن ما كان محدودا انما هو هذه الملكيه فقط و أما المملوك فهو مطلق و غير مقيد بشى ء أى المملوك مملوك لمالكه مطلقا بحيث

له ان يفعل فيه ما يشاء و كيف يشاء نظير أن شخص سلطانا لمملكه الى شهر و لكن كون سلطنته مقيده و محدوده بمده لا يوجب كون نفوذ سلطنته فيمن له السلطنه عليه أيضا محدودا بتلك المده، بل يمكن ان يكون نافذا إلى الأبد إلى مده أزيد من مده السلطنه و المثال الواضح لهذا سلطنه رئيس الوزراء فان سلطنه و ان كانت محدوده و لكن مع ذلك ما يفعله نافذ إلى أزيد مده السلطنه كما هو واضح، و فى المقام أيضا ككك حيث ان سلطنه من ملك شيئا بالبيع الذى فيه الخيار و ان كانت محدوده بالفسخ و هو مالك إلى غايه خاصه، و لكن المملوك مملوك له على نحو الإطلاق فإن كون المبيع ملكا له غير مقيد بوقت أصلا و عليه فإذا تصرف فيه فى أثناء سلطنته المحدوده تصرفا متلفا أو فى حكم الإتلاف كنقله الى غيره يكون ذلك نافذا إلى الأبد و السرّ فى ذلك هو ما ذكرناه أن المحدود انما هو السلطنه و الملكيه دون المملوك و من هذا ظهر الفرق بين الإرث و النواقل الآخر أيضا لأنك قد عرفت أن أدله الإرث لا يقتضى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۴۲

أزيد مما تقدم من كون الورثه مالكا للتركه على الكيفيه التى كان المورث مالكا لها و أما فى النواقل الأخر حيث وقع بالمملوك الغير المقيد بشى ء فيكون نافذا إلى الأبد.

نعم، استثنى من ذلك البيع الخيارى فإنه لا يجوز بيع المبيع بهذا البيع فى مده الخيار و ذلك للشرط الضمنى و سيأتى ذلك فى خلال البحث فى أحكام الخيار، فإنه لا بدّ من البقاء المبيع الى تمام زمان الخيار فان انقضى زمان

الخيار كان البيع لازما فان فسخ المشترى العقد يأخذ المبيع و يعطى بدل الثمن كما هو واضح، لا يخفى.

ثم ان المصنف (ره) قد ذكر فى آخر كلامه أن المقام يحتاج الى التنقيح أزيد من ذلك، و كتب السيّد فى حاشيته أنه لم ينقح المصنف المقام أصلا حتى يحتاج الى تنقيح أزيد كما أن الصوره الثالثه لم أر من يتعرض لها من الفقهاء و قد حققناها بحول اللّه و قوته، فلاحظ و تأمل.

قوله: لو كان الخيار لأجنبى و مات ففى انتقاله الى وارثه، إلخ.

أقول: إذا كان الخيار للأجنبى و مات فهل يكون خياره للمتعاقدين أو للورثه أو يكون ساقطا وجوه، فاختار المصنف السقوط لأجل الشك فى مدخليه نفس الأجنبى إذا الخيار لم يجعل للأجنبى و لوارثه، بل للأجنبى و نتكلم فى ثبوت الخيار لوارثه بأدله الإرث و نحتمل أن يكون لخصوصيه الأجنبى دخل فى اختصاص الخيار به.

أقول: أن ما ذكره المصنف (ره) من الحكم بالسقوط بموت الأجنبى متين و لكن لا من جهه ما ذكره من الوجه بداهه مدخليه الأجنبى فى ثبوت الخيار له فضلا عن الشك فيه فان الخيار ليس دائرته وسيعه بحيث يكون مجعولا للأجنبى و مع عدمه فلوارثه أو للمتعاقدين من الأول قطعا، بل انما جعل الخيار لخصوص الأجنبى و خصوصيه الأجنبى دخيل فى الخيار قطعا و لكن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۴۳

نتكلم فى ثبوته لوارثه بأدله الإرث بأنه إذا مات الأجنبى فهل ينتقل خياره هذا الى وارثه أم لا و أى ربط لهذا لمدخليه خصوصيه كونه للأجنبى فى الخيار كما هو واضح.

و عليه فيمكن أن يرث وارث الأجنبى خياره إذا صدق عليه أنه مما تركه الميت و ح فان كان مدرك ثبوت الخيار و انتقاله من الميت إليهم من جهه

الإجماع فلا شبهه أنه دليل لبيّن، فالمتيقن منه هو صوره كون الورثه لذى الخيار من المتعاقدين، و ان كان مدركه الدليل اللفظى و عموم ما تركه الميت من حق أو مال فهو لوارثه فقد عرفت الإشكال فى ذلك.

و مع الإغماض ان الظاهر من الحق المتروك أن يكون لجلب المنفعه و لا منفعه للأجنبى فى ذلك، و الا فسخ العقد (و ان كان يمكن منعه بأنه قد يعطى احد مالا له ليفسخ العقد أو إمضاء على أنه منقوض بثبوت الخيار لورثه المتعاقدين فى صوره استغراق الدين التركه من المقرر).

ثم ان المحكى عن القواعد أنه لو جعل الخيار لعبد أحدهما فالخيار لمولاه و وجهّه المصنف بأنه يحتمل أن يكون ذلك من جهه عدم نفوذ فسخ العبد و إمضائه بدون اذن مولاه، و لكن لا نعرف وجها صحيحا لما ذكره فى القواعد و لما ذكره المصنف من التوجيه بداهه أن إرجاع الأمر الى عبد الغير من الوكاله و غير ذلك قد يكون تصرفا فيه و يكون ذلك تصرفا فى ملك مولاه فمثل ذلك لا ينفذ بدون اذن مولاه كما إذا أمر عبد غيره أن يمشى إلى السوق و يشترى له متاعا أو أمره بالخياطه و البنايه و نحو ذلك فان مقتضى قوله تعالى عَبْداً مَمْلُوكاً لٰا يَقْدِرُ عَلىٰ شَيْ ءٍ أنه ليس للعبد و لا لغيره أن يتصرفوا فيه بمثل هذه التصرفات.

و قد ورد فى روايه أنه سئل الإمام عليه السلام عن طلاق العبد زوجته فقال الامام عليه السلام: لا، و استدل بقوله تعالى عَبْداً مَمْلُوكاً لٰا يَقْدِرُ عَلىٰ شَيْ ءٍ

و ذكر أنه شى ء لا يقدر عليه العبد و قد يكون ما يرجع الى

عبـد الغير من الأـمور التى لا يكون تصـرفا فى سـلطنه مولاه، و لا يكون مزاحما لاستيفاء منافعه بوجه من الوجوه كأن يوكله أحد فى إجراء عقـد من النكاح و غيره فان ذلك أمر لا يزاحم المولا و لا يكون تصـرفا فى ملكه بـدون اذن و لا دليل على عدم نفوذ مثـل هـذه الافعـال من العبـد (كمـا أنه لاـ يتوهم أحـد أن تصور العبـد شـيئا بـدون اذن المولى و اطلاـعه حرام و هـذا أيضا نظير التصورات القلبيه مقرر).

و أمـا إذا مات هـذا العبـد الـذى جعل له الخيار فقـد ظهر مما ذكرناه أنه لا ينتقل الى وارثه، و أما توهم انتقاله الى مولاه بـديهى الفساد لعـدم كونه وارثا للعبد و كون أموال العبد راجعا الى مولاه ليس من جهه الإرث بل من جهه أن العبد لا يملك، و اما بناء على كون مالكيته فى طول مالكيه المولى لا فى عرضه فيكون أمواله راجعا الى مولاه كما هو واضح.

قوله: مسأله و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار

أقول: قـد تقدم فى خيارى المجلس و الحيوان أن ما يكون مسـقطا للخيار و إمضاء له أمران:- الأول: ما يكون مصداقا للإسـقاط بحيث يكون ذى الخيـار معتبر الكون العقـد لازمـا و باقيا و يظهره بمبرز سواء كان ذلك المبرز هو الفعل أو القول فان ذلك أى إسـقاط الخيار كبقيه الأمور الإنشائيه يحتاج الى الاعتبار أولا، و الى الإظهار ثانيا، بحيث يكون مسـقطا له بالحمل الشائع و هذا لا شبهه فيه، و بهذا أشار الإمام عليه السـلام فى جمله من الروايات و ذلك رضـى بالعقد أى مصداق لإظهار الإسـقاط لا أن الروايه تدل على كون التصرف مسقطا للخيار تعبدا، بل يعلل أن كون مسقطا من جهه الرضا بالعقد و قصد

ذی الخیار الاسقاط کما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۴۴۵

الثانی: أن یکون مسقطا تعبدا و ان لم یکن مصداقا للإسقاط بالحمل الشائع، بل لم یقصد المتصرف سقوطه أو قصد عدمه و لکن التعبد الشرعی أوجب سقوطه بذلک کالتقبیل و اللمس و النظر الی ما لا- یحل النظر إلیه فإن ذلک کله یوجب سقوط الخیار تعبدا أو لم یکن هنا تصرف أصلا فی شی ء من العوضین کالتفرق الموجب لسقوط خیار المجلس فإنه یوجبه تعبدا کما هو واضح، و قد تقدم ذلک کله و الکلام هنا فی أن ما یوجب سقوط الخیار هل یوجب تحقق الفسخ به أیضا أم لا؟ الظاهر أنه لا شبهه فی أن ما یکون مصداقا لسقوط الخیار فهو مصداق للفسخ أیضا، سواء کان بالقول أو بالفعل أو بغیر ذلک، فمن هذه الجهه لا فارق بینهما، هذا لا شبهه فیه.

و انما الکلام فی أن ما یکون موجبا لإمضاء العقد و سقوط الخیار من التصرف اما لکونه مصداقا للسقوط أو تعبد إذا وقع علی ما انتقل إلی ذی الخیار بأن تصرف المشتری فی الحیوان مثلا أو ما اشتراه من المتاع فی مجلس العقد و هل یکون ذلک فسخا تعبدا أو لکونه مصداقا له إذا وقع علی ما انتقل عنه بان باع زید جاریه قبلها بعد التسلیم أو نظر الی ما لا یحل النظر إلیها أو لا مسها أو لا یوجب الفسخ. فقد ذهب جمع من العلماء الی الثانی و أن الفسخ یتحقق بذلک کما أن الإمضاء کان متحققا بها إذا وقعت علی ما انتقل الی المتصرف، أقول: ان کان التصرف فیما انتقل عنه مصداقا للإسقاط فلا شبهه فی کونه موجبا للفسخ و مصداقا

له كما كان مصداقا للإمضاء أيضا و ان لم يكن ذلك مصداقا للإسقاط إذا وقع على ما انتقل اليه، بل يكون مسقطا تعبدا كما إذا تصرف بها و لم يكن ذلك بنفسه مصداقا للفسخ و لا أنه قصد كونه مصداقا له فلا يكون موجبا للفسخ إذا وقع على ما انتقل عنه لا ـ من جهه التعبد لكونه ثابتا فى التصرف فيما انتقل اليه، فلا يمكن تسريته الى التصرف الواقع على ما انتقل عنه كما إذا باع جاريه ثم قبلها أو

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۴۶

لا ـ مسها أو نظر الى ما لا يحل النظر إليها و لا من جهه كونه مصداقا للفسخ لما عرفت أنه لم يكن مصداقا للإمضاء و لسقوط الخيار و إمضاء العقد فلا يكون مصداقا للفسخ أيضا، كما هو واضح، لأن كلا منها يحتاج الى الاعتبار و الإظهار، فالتصرفات المذكوره غير قابله لذلك.

و على الجمله ان كان التصرف على نحو يكون مصداقا للفسخ بحسب المتفاهم العرفى و ان لم يعلم قصد الفاسخ أو علم قصده بأنه أراد بفعله هذا فسخ العقد لا شبهه فى تحقق الفسخ بذلك كما يتحقق به الإمضاء و ان لم يكن كك، بل كان ذلك إمضاء للعقد من جهه التعبد فقط فلا يكون فسخا للعقد قياسا كما هو واضح، فإن تسريه من مورده و هو التصرف فيما انتقل إليه إلى التصرف فيما انتقل عنه هذا كله فى مقام الثبوت.

و أما فى مقام الإثبات فإذا تحقق الأمور المذكوره من اللمس و النظر و التقبيل بأن أوقع الأمور المذكوره فيما انتقل منه فهل تكون ذلك أماره على كون البائع مثلا قاصدا للفسخ أم لا، و الفرق واضح بين المقام و

بين ما تقدم فى مقام الثبوت، فان الكلام هناك فى كونه مصداقا للفسخ مع القصد و عدم كونه مصداقا له مع عدمه و فى المقام البحث فى كاشف القصد بأنه يكشف عند الظهور أم لا؟ فافهم ذكر المصنف أن الأمر هنا أسهل بناء على أن ذا الخيار إذا تصرف فيما انتقل عنه تصرفا لا يجوز شرعا الّا من المالك أو بإذنه دل ذلك بضميمه حمل فعل المسلم على الصحيح شرعا على اراده انفساخ العقد قبل هذا التصرف و نقل ذلك عن بعض الفقهاء أيضا كالعلامه و غيره.

ثم ذكر أن أصاله حمل فعل المسلم على الجائز من باب الظواهر المعتبره شرعا كما صرح به جماعه كغيرها من الأمارات الشرعيه فيدل على الفسخ لا من الأصول التعبديه حتى يقال انها لا تثبت لوازمها، و ذكر أن ذلك حقق فى الأصول.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۴۷

أقول: ذكر فى الأصول أمران، أحدهما: أن لوازم الأصول ليست بحجه بخلاف لوازم الأمارات فإنها تثبت بها كما تثبت الدلالات المطابقيه، و ذكرنا نحن أيضا فى البحث المذكور أنه لا فارق فى ذلك بين لوازم الأصول و لوازم الأمارات فإنها فى كليها لا تثبت إلّا إذا قام الدليل على ثبوتها و حجيه الأمارات بالنسبه إليها كما أنها حجه فى الدلالات المطابقيه و قد قام بناء العقلاء على ثبوت تلك اللوازم فى الأمارات التى كانت من قبيل الألفاظ فإنه كما قام على حجيه الظواهر و اعتبار الدلالات المطابقيه بحسب ما يستفاد من ظواهر اللفظ و كك قام على ثبوت لوازمها أيضا و حجيتها بالنسبه إليها و ذلك كالروايات و القرآن و من القبيل الأقارير و الجامع أن كل ما يكون فى مقام التكلم

و الإفاده و الاستفاده و المرافعات و غيرها من قبيل الألفاظ تثبت فيها ببناء العقلاء لوازمها كما تثبت مدلولاتها المطابقيه أيضا كما هو واضح.

و أما إذا لم يكن من هذا القبيل فلا تثبت اللوازم بثبوت الملزوم، و مثلنا لذلك هناك بأنه ورد أنه إذا اشتبهت القبله يتحرّى من اشتبه عليه ذلك فيأخذ ما هو أحرى فإن الظن و ان كان حجه هنا للمتحرى و لكن لا يثبت بذلك لوازمه كالوقت مثلا بأن يثبت بكون القبله هذا الطرف الخاص المظنون الظهر مثلا، يحكم بان الشمس إذا وصلت الى النقطه الفلانيه يحكم بتحقق الظهر، و مقامنا من هذا القبيل حيث انه على تقدير أن حمل فعل المسلم على الجائز و الصحيح من الأمارات و لكن لا يثبت بها لوازمها لعدم الدليل عليه، ففى المقام غايه ما يستفاد من السيره أو من الروايات كقوله عليه السلام ضع فعل أخيك على أحسنه، و نحو ذلك أن نحمل فعل ذى الخيار الواقع على ما انتقل عنه على الصحيح و أنه لم يفعل محرما و أما أنه فسخ العقد لكونه لازم كون فعله صحيحا لا يثبت بذلك كما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۴۸

الأمر الثانى: ما ذكره المصنف أيضا و نحن تبعناه من أن الثابت فى الشريعه المقدسه انما هو حمل فعل المسلم على أحسنه و على الوجه الصحيح كما إذا صدر فعل من شخص و احتمل كونه حراما أو حلالا فلا بدّ من أن يحمل على الصحيح و على الجائز بأن لا يعامل معه معامله الفساق من جهه ترتيب أثر الفعل المحرم على ما صدر منه و مثل لذلك بأنه إذا تجاز شخص عن شخص و تكلم بكلام

و احتملنا أنه تسب و احتملنا أنه سلم فان مقتضى حمل فعل المسلم على الصحه أن يقال أنه لم يصدر منه السب لأن المسلم لا يفعل محرما و لا يباشره، و أما إثبات أنه سلّم بحيث يجب رد جوابه فلا، لعدم الدليل عليه، و هذا الذى ذكره (ره) فى قاعده حمل فعل المسلم على الصحه فى الأصول و أنها لا تثبت لوازمها متين جدا، و لا يمكن المساعده على ما ذكره فى المقام كما هو واضح.

و عليه فالمسلم انما هو حمل فعل المتصرّف على الوجه الجائز و أنه لم يفعل حراما إنشاء اللّه، و أما فسخ العقد لكونه لازم عدم صدور الحرام منه فلا دليل عليه كما هو واضح، هذا كله فيما إذا لم يعلم أن التصرف انما صدر منه عن علم و التفات أو علم أنه تصرف عن غير علم و أما إذا علم أنه تصرف فى ذلك غفله عن بيعه ذلك أو نسيانا فإن الأمر هنا أوضح فإنه لم يحتمل أحد بل لا يحتمل أنه فسخ العقد بذلك التصرف كما هو واضح.

فتحصل أن حمل فعل المسلم على الصحه و ان التصرف لم يكن محرما لا يدل على الفسخ تعبدا لكونه لازما لحمل فعل المسلم على الصحه الذى من قبيل الامارات فتحصل أن حمل فعل المسلم على الصحه ليست من الأمارات بل من الأصول العمليه فلا تثبت به لوازمه و هو تحقق الفسخ به و على تقدير كونه من الأمارات فلا دليل على حجيّه لوازم مطلقا الأمارات لفظيه كانت أم غيرها، كما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۴۹

هذا كله فيما إذا كان التصرف مما يحرم تعلقه بملك الغير كالتصرفات الخارجيه و لذا

احتاج الى حمله على الصحه.

و أما إذا لم يكن من التصرفات المحرمه كما إذا لم تكن خارجيه، بل من التصرفات الاعتباريه التى يجوز تعلقها بملك الغير أيضا من غير أن يكون محرمه تكليفا و ان كان نفوذه وضعا يحتاج الى الاذن و ذلك كالبيع و الهبه و العتق و نحوها، فان مثل هذه التصرفات الاعتباريه يصح تعلقها بمال الغير فضوله، فلا يكون محرما.

و دعوى أن الفضوليه لا تجرى فى مثل العتق و نحوه من الإيقاعات للإجماع و ان كانت صحيحه الّا أن ذلك لا يدل على تحقق الفسخ لاحتمال الغفله و الاشتباه و الجهل فى حق المتصرف و عليه فإذا تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه تصرفا اعتباريا ناقلا كالبيع و الهبه و العتق و نحوها فإنه لا شبهه فى أن الظاهر من هذه التصرفات أنها وقعت فى ملكه إذ لا بيع إلّا فى ملك و لا عتق إلّا فى ملك و لا يجوز هبه مال الغير فيكشف ذلك عن أنه فسخ بنفس هذه التصرفات و ان كان لا بأس بجواز بيع مال الغير فضوله الّا أنه على خلاف ظاهر هذه الافعال، بل لا يقع عتق مال الغير صحيحا للإجماع و للتسالم على عدم جريان الفضولى فى الإيقاعات كالعتق و الطلاق، و لكن الكلام فى حجيه هذا الظاهر و ان كان هو موجودا فان كل ظاهر ليس بحجه، فإنه كان حجيّته بالظن الحاصل من ذلك الظاهر، فان المظنون أن الإنسان إذا باع باع مال نفسه أو عتق مال نفسه و هكذا فلا دليل على حجيّته الّا من جهه الغلبه و لا حجه للظن الحاصل منها.

و بعباره أخرى أن مدرك حجيه هذا الظهور أن كان هو

الظن فلا دليل على حجيته و ان كان شى ء آخر من الأدله الخاصه فلم نر دليلا خاصا على اعتباره كما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۵۰

و قياس المقام بحجيه ظواهر الألفاظ قياس مع الفارق بداهه أن الوجه فى حجيه ظواهر الألفاظ هو الوضع بمعنى أن العقلاء تعهدوا على كلما أرادوا شيئا فلانيا مثلا- أن يتكلموا بلفظ فلانى و بنوا أيضا على أنه إذا تكلم أحد بكلام له ظاهر فى معناه الموضوع له يؤخذ بظهور كلامه و الّا فلا دليل على حجيه مطلق الظواهر كما هو واضح.

و ربما يقال انه إذا باع ذى الخيار مثلا ما انتقل عنه فيحتمل أنه باع ذلك عن مالكه الفعلى فضوله و يحتمل أنه باعه عن نفسه أصاله و لكن فسخ العقد ببيعه هذا، فالأصل عدم قصده بيع ذلك عن غيره.

و فيه أولا: أن هذا الأصل مثبت لأن فسخ العقد من لوازم عدم قصد البيع عن غيره لا نفسه و الأصل المثبت ليس بحجه.

و ثانيا: أنه لا يعتبر القصد فى بيع مال الغير فضولا كما لا يعتبر ذلك فى بيع مال نفسه، بل يكفى مجرّد قصد البيع و إبرازه بمبرز، و قد ذكرنا فى أول البيع أن حقيقه البيع هو هذا.

و عليه فلا قصد هنا حتى ننفيه بالأصل و هذا واضح، نعم يعتبر ذلك فى بيع الكلى كما تقدم فى بيع الكلى بداهه أنه لا يتعين بدون الإضافه إلى ذمه معينه سواء كانت ذمه نفسه البائع أو شخص آخر، و انما يتعين الكلى بالإضافه إلى محل خاص و تقيده بقيد خاص و لكنه أجنبى عن المقام كما هو واضح.

و بالجمله فلا يمكن إثبات كون التصرفات الواقعه على ما انتقل

عنه فسخا للعقد لا بمقتضى حمل فعل المسلم على الصحه و لا بظهورها فى الفسخ، و لا بالأصل العملى كما مر، فافهم.

قوله: مسأله هل الفسخ يحصل بنفس التصرف؟

اشاره

أقول: إذا قلنا بان التصرف يحصل به الفسخ سواء كان خارجيا تكوينيا أو اعتباريا، و هل يحصل به الفسخ قبل وقوعه و تحققه أو بعده أو فى أثنائه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۵۱

وجوه ربما يقال بالأول كما عن التذكره بدعوى أن الإسلام يصان به المسلم عن القبيح، فلو قلنا بعدم حصول الفسخ قبل التصرف فلا بدّ و أن يقع جزء منه أو تمامه محرما و هو ينافى حمل فعل المسلم على الصحه و صيانه الإسلام المسلم عن ارتكاب القبيح و اذن فلا بدّ و أن يكون التصرف كاشفا عن وقوع الفسخ قبله و استدلوا على مرامهم بالروايات الداله على لزوم العقد بالتصرف معللا بأنه رضى بالعقد، فإنه يكون كاشفا عنه بعد الوقوع، و حملوا على ذلک كلمات جمله من الأعلام و لا يمكن أن يحصل الفسخ بنفس تلک التصرفات الاعتباريه بداهه أن حصول الملک بالبيع مثلا يحتاج الى حصول الفسخ، و حصول الفسخ لو توقف بمثل هذه التصرفات لزم الدور.

و فيه أولا: أنا ذكرنا آنفا أن التصرف على تقدير كونه موجبا للفسخ انما هو من باب كونه مصداقا للفسخ لا كاشفا عنه، فلا معنى لكونه كاشفا عنه على أنه لو كان الأمر ككک، فلازمه ان يكون الإراده فسخا فان ما هو قبل الفسخ هى الإراده و من الواضح أنه ليس بفسخ، بل اراده فسخ كما هو واضح.

و ثانيا: أن لازم ذلک أن لا يحصل الفسخ باللفظ أصلا فإنه يكون كاشفا عنه لعدم الفارق بين كون الفسخ باللفظ أو بغيره و هو

خلاف الضروره بین الفقهاء فإنهم حکموا بکون الفسخ محققا باللفظ أیضا.

و أما الروایات الداله علی تحقق الرضا بالتصرف فلا شهاده فیها علی ذلک بداهه أن معنی الرضا هنا عباره عن للإمضاء أی التصرف رضاء بالعقد و إمضاء له ضروره أنه لا معنی لحمل الرضا الذی هو أمر قلبی علی الفعل التکوینی الخارجی، فیکون الروایات الداله علی حصول الرضا بالتصرف أجنبیه عن القول بحصول الفسخ بعد التصرف لکونه کاشفا عن الفسخ و بعباره أخری الرضا له معنیان أحدهما الرضا القلبی و الثانی الرضاء الخارجی، و المراد

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۴۵۲

منه فی المقام الثانی بمعنی أن التصرف إمضاء للعقد و إنفاذا له و اجازه و رضاء علمی به لا أنه رضاء قلبی و القرینه علی کون الثانی مرادا هو عدم صحه حمل الأمر القلبی علی الفعل الخارجی کما هو واضح، و یمکن حمل کلمات الفقهاء أیضا علی ذلک فان حکمهم بکون التصرف رضاء بالعقد لعله من جهه کون بنائهم علی کون التصرف مصداقا للرضا العلمی و للإمضاء و الإجازه.

و من هنا التجأ بعضهم الی کون الفسخ حاصلا بعد تحقق التصرف فی الخارج و ح فیکون التصرف مصداقا للفسخ.

و لکن یرد علیه أن لازم ذلک وقوع التصرف الاعتباریه کلها فی ملک الغیر فإذا باع یکون بیعه فی ملک الغیر و إذا وهب أو عتق یکون کل ذلک واقعا فی ملک الغیر، فیلزم أن الأمور المذکوره لم تقع فی ملک نفس الإنسان المتصرف.

نعم، لا بأس به بناء علی جواز بیع الإنسان شیئا ثم ملکه الّا أنه لا یجری فی مثل العتق للإجماع علی أنه لا یجری الفضولیه فی الإیقاعات کما عرفت، بل ربما یکون التصرف حراما

و إذا ترتب عليه الأـثر و هو الفسـخ، و تملـك الفاسـخ المـال المنتقل عنه كما إذا كانت التصـرفات خارجيه كالتقبيل و الوطى و اللمس فى الجـاريه و غير ذلـك من التصـرفات التكوينيه الخـارجيه و هـذا كله لاـ يمكن الاـلتزام به و قـد اختار المصـنف معنى متوسطا بين كون الفسخ حاصلا من الأول و قبل التصرف أو بعده.

و قـال بما حاصل كلامه: أن المراد بالبيع هو النقل العرفى الحاصل من العقـد لا نفس العقـد لأن العرف لا يفهمون من لفظ البيع الّا المعنى المـأخوذ من العرف فى قولهم بعت و عليه فالفسـخ الموجب لملك الفاسـخ، المال المنتقل عنه انما يحصل بأول جزء من التصرف الاعتبارى أو الخارجى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۵۳

و أمـا النقـل و التملـك العرفى، إنمـا يحصـلان بتمـام التصـرف أى بـالبيع و العتـق مثلاـ و ح يقـع الـبيع أو العتق أو غيرهمـا من التصـرفات القوليه عقـدا كـان أو إيقاعـا فى الملـك و لاـ دليـل على كون البيع أو العتق و غيرهما من التصـرفات القوليه واقعا فى الملك بجميع أسبابها و مسبباتها، بل يكفى فى وقوعها فى الملك أن يقع فيها عند تمام السبب أى و يحصل المسبب فى الملك و أما لا بدّ و أن يكون سببه أيضا بجميع اجزائه حتى الجزء الأول فى الملك، فلا دليل عليه كما هو واضح.

ثم التزم بحرمه الجزء الأول تكليفا فى التصرفات الخارجيه كالوطى و التقبيل و نحوهما، و لكن هذا لا ينافى حرمه ذلك حصول الفسخ به وضعا أى لا ينافى حرمه السبب من بعض الجهات صحه حصول المسبب، كما لا يخفى.

ثم قال و بالجمله فما اختاره المحقق و الشهيد الثانيان لا يخلو عن قوه

و به ترتفع الاشكال عن جواز التصرفات وضعا و تكليفا و كذا لا ندرى أنه كيف يرتفع الاشكال بما ذكره عن جواز التصرفات وضعا و تكليفا مع أنه رحمه اللّه صرّح قبل أسطر بحرمه الجزء الأول من التصرفات الخارجيه و أيضا كيف ظهر من كلامه أن الحق ما ذهب اليه المحقق و الشهيد الثانيان مع أنهما ذهبا الى حصول الحل و الفسخ قبل التصرف بالقصد المقارن كما تقدم رأيهما قبل أسطر فى كلامه.

و الحاصل: أن الكلام فى تحقق الفسخ بالتصرف فى ما انتقل عن ذى الخيار الى غيره بأنه هل يحصل الفسخ قبل التصرف و التصرف كاشف عنه أو بعده أو يحصل فى أثناء التصرف وجوه، و قد ذكر غير واحد أنه يحصل قبل الفسخ بدعوى صيانه الإسلام المسلم عن فعل القبيح، فلا بدّ من الالتزام بحصول الفسخ قبل التصرف، لئلا يكون أمثال البيع و العتق و غيرهما من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۵۴

التصرفات الاعتباريه تصرفا فى ملك الغير، و لئلا يكون مثل الوطى و التقبيل و أمثال ذلك من التصرفات الخارجيه محرّمه تكليفا، و لكن ذكرنا أنه واضح البطلان من جهه أن البيع و غيره من التصرفات الاعتباريه و كك التصرفات الخارجيه بنفسها مصداق للفسخ و مبرز له لا أنه كاشف عن تحقق الفسخ قبلها، و الّا فلا بدّ و أن يكون الفسخ محققا بإراده الفسخ، و من الواضح أن اراده الفسخ ليس بفسخ على أنه مخالف لكلمات الفقهاء القائلين بأن الفسخ يتحقق بنفس التصرف، و يضاف الى ذلك أن لازم ذلك هو عدم تحقق الفسخ باللفظ أيضا، بل لا بدّ و أن يكون ذلك كاشفا عنه لعدم الفرق فى ذلك بين

اللفظ و غيره، و هو بـديهى البطلان، لحكم جمع من الاعلام بأن الفسخ يتحقق باللفظ و كيف كان فهذا الوجه لا يمكن الذهاب اليه، كما هو واضح على أنه ذكر المصـنف و غيره بأن الفسخ لا يحصل بالنيه و البناء القلبى، بل هى من الأمور الإنشائيه فلا بدّ و أن يتحقق بالإظهار بمبرز فبمجرّد اراده الفسخ لا يتحقق الفسخ كما هو واضح.

و قد تقدم الاسـتدلال على ذلك بروايات لسـقوط الخيار بالتصـرف كقولهم عليهم السـلام و ذلك رضـى بالعقد و الجواب عن ذلك فى البيان الأول فراجع و من هنا التجأ بعضهم الى أن الفسخ انما يتحقق بعد التصرف و يكون حاصلا بعد تماميه السبب.

و فيه أن لازم ذلك أن يكون التصـرفات الاعتباريه من البيع و الهبه و العتق واقعه فى ملك الغير و الالتزام بجواز بيع مال الغير ثم تملكه و أن كان متينا و لكنه لا يتم فى العتق حيث انه وقع التسالم بين الفقهاء بعـدم صـحه العتق بالإجازه المتعقبه و عـدم جريان الفضوليه فيه فلا يمكن رفع الاشكال بهذا الالتزام.

و أما التصرفات الخارجيه من الوطى و التقبيل و غير ذلك فتكون محرّمه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۵۵

تكليفا و الحال أنه وقع التسالم على حصول الفسخ بالتصرفات الاعتباريه و الخارجيه من غير أن يلزم منه محذور كما هو واضح.

و قـد أجاب المصـنف عن الاشـكال بالالتزام بالأمور المتوسط و حاصـله أن التصـرفات الوضـعيه فإنما يحصل الفسـخ بها بالجزء الأول و يحصل النقل و الانتقال بتماميه السـبب غايه الأمر لا يكون تمام السـبب فى ملك البائع أو المعتق و هـذا لا دليل عليه بأن يكون تمام السبب واقعا فى ملك البائع و انما المسلم

هو لزوم كون البيع واقعا فى ملك و المفروض أنه وقع فيه و بهذا يحمل الأخبار الداله على أنه لا بيع إلّا فى ملك و لا عتق إلّا فى ملك فان الظاهر منها أن يكون البيع واقعا فى الملك و كذا العتق و أما أن يكون تمام سببها أيضا واقعا فى الملك فلا يقتضيه الدليل و السرّ فى هذا الالتزام هو أن المراد من البيع هو البيع العرفى و هو النقل و الانتقال المعبّر عنه بمبادله مال بمال و لا شبهه فى حصول المبادله و النقل و الانتقال هنا بنظر العرف و ان كان جزء سبب ذلك واقعا فى ملك الغير فان ذلك لا يضرّ بالمسبب الذى يسمى بيعا أو غيره من المعاملات.

و بعباره أخرى البيع الحقيقى و واقع البيع عباره عن المسبب الذى هو البيع العرفى المسمى بالمبادله و هو حاصل فى ملك البائع و كذلك العتق و أما السبب فليس بواقع البيع و حقيقته فلا محذور فى وقوع جزء منه فى ملك الغير.

و أما فى التكليفيات فلم يدفع الاشكال و التزم بكون التصرفات الخارجيه محرمه بالنسبه إلى الجزء الأول نعم ذكر فى النتيجه أن الأقوى ما ذكره الشهيد و المحقق الثانيان بالنسبه إلى الجواز التكليفى و الوضعى و لكنه لم يبين وجه ذلك و دليله فيبقى الاشكال على حاله كما هو واضح، هذا، محصل كلام المصنف.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۵۶

و لكنه لا يمكن المساعده عليه فيما ذكره فى الوضعيات أيضا و ذلك لأن ما تقدم من الاشكال على كون التصرف مسقطا قبل العقد جار هنا أيضا، فإن ذلك يرجع الى كون اراده الفسخ مسقطا أو ليس بمسقط بداهه أن الجزء الأول

من التصرف بنفسه ليس مصداقا للفسخ حتى يقال انه حصل الفسخ بنفس الجزء الأول و اذن فلا بدّ من الالتزام بكونه كاشفا عن اراده الفسخ و يكون ذلک هو المسقط كما هو واضح، لا يخفى فافهم، على أنه لو حصل الفسخ بالجزء الأول من الفعل لحصل بالجزء الأول من القول أيضا كالتكلم بكلمه بع من دون أن يعقب ببقيه الصيغه مع أنه لم يلتزم به أحد على أن لازم ذلک أنه لو ندم بعد إيجاد الجزء الأول من التصرف عن البيع أن يلتزم بالفسخ و يقال انه حصل بمجرّد لفظ (بع) و هذا أيضا بديهى البطلان و لم يلتزم به أحد فيما نعلم، بل المصنف أيضا فلا وجه للذهاب الى أن الجزء الأول من التصرف يكون مسقطا كما هو واضح.

و التحقيق أن يقال انه تاره يقع الكلام فى الوضعيات و أخرى فى التكليفيات،

أما الكلام فى الأولى فأيضا يقع فى جهتين

اشاره

الأولى فى العقود و الثانيه فى الإيقاعات أيضا.

أما الجهه الاولى [فى العقود]

فنلتزم فيها بأن الفسخ انما فى الإنشاء و لكن لا على النحو الذى ذكره المصنف، بل بالإيجاب فقط فإنه بعد ما تم سواء كان بالفعل أو بالقول كان ذلک مصداقا للفسخ و إيجابا للبيع و لم يتحقق البيع به بعد حتى يقال ان الفسخ قد حصل بعد التصرف فيقع فى ملک الغير بداهه أن البيع لم يتم بالإيجاب الساذج، بل يتوقف تماميته بتحقق القبول بعده و بالقبول يتحقق تمام البيع فلا يكون البيع بما هو بيع فى ملک الغير، بل الإيجاب فقط و من الواضح أنه ليس ببيع، بل كونه بيعا معلق على مجى ء القبول و تحققه فى الخارج فكأنه قال البائع بعتک على تقدير تحقق القبول

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۵۷

من القابل و لا يضرّ التعليق هنا فان توقف الإيجاب على القبول و تعلقه عليه من طبيعى البيع و بقيه العقود فهو فى مثل ذلک ضرورى.

و قد ذكرنا فى أول البيع فى أنه مبادله مال بمال أن مثله لا يضر حيث ذكرنا أن البيع ليس مطلق المبادله، بل المبادله الخاصه أى على تقدير قبول المشترى و كونه تعليقا لا يضر فإنه طبيعى البيع و من الأمور الضروريه فإنه لا يبيع البائع متاعه مطلقا و لو لم يقبل الآخر، بل على تقدير قبول الآخر كما هو واضح، و وقوع الإيجاب فقط فى ملک الغير لا يضر بالبيع لما ذكره المصنف من أن ما يضر بالبيع هو وقوع ذلک فى ملک الغير لا ما هو جزء السبب فإنه لا يزيد من اللفظ كقوله بعتک المتاع الفلانى فلا يقال بمجرّد وقوع الإيجاب من اللفظ و غيره فى

ملك الغير أن البيع وقع فى ملك الغير ضروره أن البيع عباره عن المسبب و هو بعد لم يتحقق بالإيجاب و كيف يكون واقعا فى ملك الغير و لا دليل أيضا على عدم جواز وقوع السبب فى ملك الغير و الروايات الداله على أنه لا بيع إلّا فى ملك انما هى ناظره الى عدم تحقق البيع (الذى هو المسبب و البيع العرفى الذى هو النقل و الانتقال كما فى المتن) إلّا فى ملك لا ما هو جزء السبب أعنى الإيجاب الساذج.

أما الجهه الثانيه: أعنى الإيقاعات

فالجواب المتقدم و ان لم يكن جاريا هنا و لكن يمكن الجواب عن الاشكال هنا بمثل ما التزم به المشهور فى المعاطاه من كونها مفيده للإباحه أن الملكيه فى مثل أعتق عبدك عنى إنما تحصل آنا ما ثم يعتق العبد و ذلك لا من جهه اقتضاء الدليل العقلى أو العرفى ذلك، بل من جهه الجمع بين الأدله حيث ان مقتضى الروايات أنه لا بيع إلّا فى ملك و أن مقتضى تسلط الناس على أموالهم هو وقوع العتق عن الغير فمقتضى الجمع بينها أن الملكيه إنما تحصل آنا ما بحيث لا يترتب عليها أى آثار فرضتها الّا العتق و قلنا ان الالتزام بذلك الذى سمى بالملكيه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۵۸

التقديريه ليس مجرّد فرض كما ربما يتوهم من التعبير بالملكيه التقديريه بل لها حقيقه و أن الملكيه تحصل حقيقه و واقعا غايه الأمر أن زمانه قليل و ان هذه الملكيه غير قابله لأن يترتب عليه أثر غير العتق فقط.

و مثل هذا الكلام نلتزمه هنا أيضا بأن يقال انه تحصل الملكيه الآنيه الحقيقيه التى تسمى بالملكيه التقديريه للمتصرف ثم يعتق.

و بيانه أن الفاسخ إذا

تكلم بصيغه العتق فقبل أن تتم الصيغه بأن يبقى منها حرف واحد فقط نلتزم بحصول الملكيه الآنيه بين هذا الحرف الباقى و ما تحقق منها فنحكم بوقوع العتق فى الملكيه فإن العتق انما يحصل بعد تماميه الصيغه أجمع بحيث لا يبقى منها حرف واحد لكونها سببا للعتق لا ما هو جزء من الصيغه فإنه جزء السبب فلا يتحقق المسبب الذى هو العتق إلّا بتماميه سببه، و قد عرفت أنه لا محذور فى وقوع مقدار من سبب البيع و العتق فى ملك الغير لأنه لم يدل دليل على أنه لا بدّ و أن يكون سبب العتق واقعا فى ملك، بل انما دل على وقوع المسبب فيه و عدم وقوعه فى ملك الغير و هو العتق كما هو واضح.

نعم، عند إيجاد السبب لم يحصل العتق، بل هو متوقف على تمامه فيكون حصول العتق معلقا على حصول الملكيه الآنيه المتوقفه على تحقق الفسخ و قد فرضنا أنه أى الفسخ يحصل بإيجاد السبب الّا الجزء الأخير منه فمن زمان الاشتغال بإيجاد السبب الى زمان تحقق الجزء الأخير منه لا بدّ و أن يلتزم بالتعليق و لكن مثل هذا لا يضر بالعقد لكونه تعليقا على الموضوع و التعليق بالموضوع لا يضرّ كما إذا قال بعتك المتاع الفلانى على تقدير كونه موجودا و هذا الجواب يجرى فى العقود أيضا إذا منعنا عن وقوع الفسخ بالإيجاب فقط فإنه يلتزم بالملكيه التقديريه فى الآن الأخير من زمان تماميه القبول من ناحيه المشترى و من جميع ما ذكرناه ظهر لك أن ما ذكره بعضهم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۵۹

من لزوم الدور على تقدير الالتزام بحصول الفسخ بالتصرف لا يرجع الى محصل و

تقريب الـدور هو أن البيع يتوقف على الملكيه أى حصولهـا للبـائع و حصولهـا للبـائع يتوقف على الفسـخ و الفرض أن الفسـخ لا يحصل الّا بالبيع الذى يتوقف على الملكيه، فلزم الدور المسـتحيل لا لما ذكره الشـهيد (ره) من كون الدور معيّا إذ لا نفهم أنه ما ذا أراد من كلامه هـذا بـداهه أن الدور المعى انما هى فى المتلازمين الذين معلولان لعله واحده كالبنتين الموضوعتين على هيئه خـاصه و لاـ نعقـل هـذا المعنى فى المقام فان الـدور لو كان فإنما هو توقفى لا معى، و لكن الـذى يسـهل الخطب أنه لا دور فى المقام، هذا كلّه فى الوضعيات فقد اتضع أنه لا إشكال فى تحقق الفسخ بذلك.

و أما الحال بالنسبه إلى الحكم التكليفى فى التصرفات الخارجيه

فقـد ذكر المصـنف أولاـ أنه يحرم التصـرف الخـارجى فى الجزء الأـول تكليفـا ثم ذكر و بـالجمله فما اختاره المحقق و الشـهيد الثانيان فى المسأله لا يخلو عن قوه و به ترتفع الاشـكال عن جواز التصرفات تكليفا و وضعا و لم يبيّن وجه ذلك أقول تاره نقول أن جواز التصـرف فى المال هو مترتب على كونه ملكا له قبل هـذا التصـرف قبليه رتبيه، فلو لم تحصل الملكيه للمتصـرف بعد و انما تحصل الملكيه بنفس التصرف لا يجوز ذلك و لا يكفى فى الجواز التكليفى الّا أن يترتب التصرف على الملكيه.

و أمـا لاتحاد الزمانى فلا يكفى فى الجواز التكليفى و ان حصل الفسـخ بـذلك وضـعا و كك التصـرف فى الأمه و هـذا نظير أن يقـال أن التصـرف فى المرأه حرام مـا لم تحصـل الزوجيه قبـل ذلـك بـان يقـال ان الظاهر من قوله تعالى إِلّا عَلىٰ أَزْوٰاجِهِمْ أَوْ مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُهُمْ أن جواز النظر أو التصرفات الأخر التى لا تجوز لغير

الزوج فی زوجته فی مرتبه متأخره عن الزوجیه و الملک الیمین فلو حصلت الزوجیه أو الملکیه فی زمان واحد فلا یکفی ذلک فی جواز

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۴۶۰

ذلک التصرف الذی به تحصل الملکیه و الزوجیه، ففی المقام أن الملکیه إنما تحصل بنفس التصرف الخارجی فیتحققان فی زمان واحد و ان کان التصرف متقدما علی الملکیه من حیث الرتبه.

و علی الجمله قد یقال بأن المستفاد من الآیه الشریفه أن حلیه الأمه بحیث یجوز التصرف فیها لا بدّ و ان تکون مترتبه علی الملکیه بحیث أن تحرز الملکیه فی الرتبه المتقدمه ثم یجوز التصرف الخارجی فیها و کک فی الأعیان الأخر التی وقعت مبیعه أو ثمنا بأن یقال أن جواز التصرف فیها تکلیفا مترتبه علی تحقق الملکیه قبل ذلک و الّا فلا یجوز التصرف تکلیفا و ان حصلت الملکیه و التصرف فی زمان واحد نظیر أن یقال أن جواز التصرف فی المرأه مترتب علی تحقق الزوجیه قبل هذه المرتبه و علیه فلا یجوز التصرف التکلیفی فی المال المنتقل عنه بحیث یحصل الفسخ و الملکیه بذلک فإذا قلنا بذلک فالحرمه باقیه علی حالها و ان حصل الفسخ بالتصرف کما هو واضح.

و کنظیر ما ورد أن الماء إذا بلغ قدر کرّ لا ینجسه شی ء أن الظاهر هو أن تکون الکریه متحققه قبل تحقق الملاقاه بحیث لو کانت الکریه متحقق حین تحقق الملاقاه یحکم بالنجاسه لأجل ملاقاه النجاسه بما لیس بکرّ فان ظاهر قوله علیه السلام الماء إذا بلغ قدر کرّ لا ینجسه شی ء أن الکریه لا بدّ و ان یتحقق قبل الملاقاه بالنجاسه قبلیه رتبیه.

و أخری نقول بأنه یکفی فی جواز التصرف فی الأموال کونها مملوکا

للمتصرف و لو كانت الملكيه حين زمان التصرف كما فى حصول طهاره البدن و الغسل بالغسله الأولى فيما إذا كان البدن متنجسا بنجاسه لاـ يحتاج تطهيرها الى تعدد الغسل فإن الأقوى حصول التطهير و الغسل عن النجاسه أو عن غيرها بهذه الغسله الوحده كما ذكرناه فى حاشيه العروه إلّا إذا كانت النجاسه مما يحتاج تطهيرها الى تعدّد الغسل فإنه لا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۶۱

يمكن الالتزام ح بحصول التطهير و الاغتسال بالغسله الواحده بل تبقى النجاسه بعد على حالها و على هذا فيمكن الالتزام بجواز التصرف لأحد المتعاملين فيما انتقل عنه لكفايه حصول الملكيه فى زمان التصرف فى جواز التصرف تكليفا من غير احتياج الى تحقق الملكيه قبل التصرف رتبه.

و على الجمله فإن قلنا بالاحتمال الأول فلا يمكن دفع الاشكال عن التصرف بالنسبه إلى الجواز التكليفى، بل لا بدّ من الالتزام بالحرمه التكليفيه و ان قلنا بالثانى فيجوز التصرف تكليفا لكفايه تحقق الملكيه فى زمان الفسخ و التصرف فى الحكم بجواز التصرف تكليفا كما هو واضح.

و الذى ينبغى أن يقال هو أن الظاهر من قوله عليه السلام لا يجوز التصرف فى مال أمرا إلّا بطيب نفسه هو أن التصرف الواقع فى ملك الغير بدون اذنه حرام بحيث لم يكن التصرف فى زمان كون الشى ء ملكا له و أما إذا كان التصرف فى زمان حصول الملكيه للمتصرف و ان لم يكن فى مرتبه فإنه لا يشمله دليل حرمه التصرف لعدم كونه فى مال الغير، بل انما هو فى مال نفسه.

و بعباره أخرى أن مقتضى الظاهر من الأدله الداله على حرمه التصرف فى مال الغير هو أن يكون المال مال للغير فى زمان التصرف بأن

يكون المال حين اشتغال المتصرف بالتصرف مال للغير و أما لو كان ما تصرف فيه المتصرف مال نفسه فى زمان التصرف، و ان كان مرتبه التصرف قبل مرتبه الملكيه بحيث ان التصرف بحسب الرتبه قد وقع فى مال الغير فلا يشمله دليل حرمه التصرف و اللّه العالم، و يكون ذلك نظير حصول طهاره البدن و الغسل بغسله واحده فى زمان واحد، كما هو واضح.

نعم، كون التصرف الخارجى جائزا تكليفا فى مثل الأمه متوقف على إثبات أن يكون المراد من قوله تعالى أَوْ مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُهُمْ أيضا ظاهره فى كون

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۶۲

حصول الملكيه فى زمان التصرف كافيا فى الجواز التكليفى و ان كانت رتبه التصرف قبل الملكيه.

ثم انه نقل المصنف عن بعض أن الفسخ إذا جاز بحكم الخيار جاز كل ما يحصل به قولا كان أو فعلا و أجاب عنه بأنه فاسد فان معنى جواز الفسخ لأجل الخيار الجواز الوضعى لا التكليفى فلا ينافى تحريم ما يحصل به الفسخ و لكن ظاهر المصنف أنه فكك بين الجواز الوضعى و الجواز التكليفى فكأنه حكم يكون التصرف مع كونه حراما تكليفا موجبا لانفساخ العقد وضعا لعدم الملازمه بينهما الّا أن هذا و أن كان تماما فإنه لا ملازمه بين الأحكام التكليفيه و الوضعيه و لكن الأمر فى المقام ليس كك حيث أن الشارع قد حكم بجواز الفسخ وضعا و تكليفا و أنه مباح تكليفا و لكنه من الأفعال التوليديه فيحصل بالقول تاره و بالفعل أخرى.

و على كل تقدير لا ملازمه بين جواز الفسخ وضعا و تكليفا الذى حكم الشارع بذلك و بين جواز ما يتولد منه الفسخ من الفعل، بل القول أيضا فإنه

قد يكون الفعل الموجب للفسخ مباحا، و قد يكون حراما كما إذا باع خبزا بأخذه فى شهر رمضان و أكله حيث ان الفعل مع كونه حراما لأن الأكل فى شهر رمضان حرام و مع ذلك يتحقق به الفسخ، و كذلك القول كما إذا قال فسخت العقد و لكن كان هذا القول فى أثناء الصلاه، فإن التكلم فى الصلاه حرام، و لكن مع كونه حراما يحصل به الفسخ و لعل مراد المصنف هذا يعنى لا ـ ملازمه بين جواز الفسخ بان يكون جائزا وضعا و تكليفا و بين جواز ما يتولد منه ذلك من الفعل أو القول، فإنه ربما يكون حراما لا أن يكون مراده هو التفكيك بين الجواز الوضعى و الجواز التكليفى بأن يكون الفسخ جائزا وضعا و حراما تكليفا، فان هذا لا يمكن المساعده عليه بداهه أن الشارع قد حكم بإباحه الفسخ لذى الخيار، فكيف معه يكون حراما فى نفسه بما هو فسخ،

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۶۳

نعم يمكن أن يحكم بحرمه سببه بما هو سبب الفسخ، و هذا غير حرمه الفسخ فى نفسه مع قطع النظر عن سببه كما هو واضح، فافهم.

قوله: فرع: لو اشترى عبدا بجاريه مع الخيار.

أقول: عقد العنوان و لو كان فى شراء العبد بجاريه و لكنه يجرى فى غيرهما أيضا، فالميزان هو اعمال الخيار بالنسبه إلى الفسخ و الإمضاء معا كما هو واضح، إذا اشترى أحد عبدا بجاريه، ثم قال أعتقهما، فهل يكون ذلك اجازه فى العبد و فسخا فى الجاريه، أو فسخا فى الجاريه فقط، و لا يكون اجازه فى العبد أو اجازه فى الجاريه و لا يكون فسخا فى العبد وجوه:

أما الاحتمال الأول: فلا يمكن المساعده عليه بوجه بداهه أنه لا يعقل اجتماع

الإجازه و الفسـخ فی آن واحد، فإنه یسـتلزم المناقضه و الخلف و أما الاحتمال الثانی: أعنی حصول الفسخ فی الجاریه فقط، و لا یکون اجازه فی العبد من جهه دعوی أن الفسخ یتقدم علی الإجازه.

و یرد علیه ما ذکره المصـنف من أنه لا دلیل علی تقدم الفسخ علی الإجازه، و لم یرد فی ذلک آیه و لا روایه، نعم یتقدم الفسخ علی الإجـازه فیمـا إذا صـدر الفسـخ من طرف و الإجـازه من طرف آخر، و لکن التقـدیم هنـا لیس من جهه الـدلیل الخاص، بل لأجل ما یقتضیه القاعده بداهه أن الإجازه انما هی اجازه من قبل المجیز فقط، فلا یکون ذلک اجازه من قبل الطرف الآخر الذی له الخیار فنفرضـها البائع و المشتری، و هـذا بخلاف الفسـخ، فإن أیا من البائع و المشتری فسخ العقد، ینحل و ینفسخ فلا یبقی لا إجازه الأخر مجال أصـلا و ان جاز قبل فسـخ الفاسخ و لکن إذا کان الفسخ و الإجازه من طرف واحد بان یتحققا معا سواء اتحد المجیز و المجاز أو تعـدد، فلا وجه لتقـدیم أحـدهما علی الآخر، کما إذا أوجـد الفسخ و الإمضاء دفعه واحده بأن یقول أعتقهما کما تقدم أو کان للبائع وکیل و قد

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۴۶۴

جعل الخیار له و لوکیله فأجاز أحـدهما العقـد و فسـخ الأخر فإنه لا دلیل فی شـی ء من هـذین الموردین علی تقدیم الفسخ علی الإجـازه أو العکس، فان تحققهما معا یسـتلزم المناقضه بأن یقال بصـحه العقـد و بطلانه فهو محال و تقـدیم أحـدهما علی الآخر ترجیح بلا مرجح فیسقط کلاهما، و کذلک الأمر فی المقام حیث ان نفوذ العتق بالنسبه إلیهما یستلزم التناقض و

ترجيح الفسخ على الآخر أى الإجازه ترجيح بلا مرجح فيسقط كلاهما كما هو واضح، لا يخفى فافهم.

و أما احتمال أن يعتق العبد و تبقى الجاريه بدعوى تقديم الإجازه على الفسخ ففيه أنه لا دليل عليه أيضا فإنه يستلزم الترجيح بلا مرجح، كما تقدم، و قد ذكر المصنف (ره) أنه ربما يقال بتقديم الإجازه على الفسخ من جهه أنها إبقاء للعقد و الأصل فيه الاستمرار.

و فيه أولا أن أصاله استمرار العقد لا يثبت كون المعتق هو العبد، الّا على القول بالأصل المثبت.

و ثانيا: أن الصادر من ذى الخيار انما هو قوله أعتقهما معا و لا شبهه أن القول بعتق العبد يستلزم القول بعتق الجاريه كما أن العكس كذلك و عليه فلا بدّ من الالتزام بما ذكره المصنف من القول بأن الأصل هو استمرار العقد، و مع ذلك لا يحصل الفسخ و لا الإجازه كما هو واضح، لا يخفى.

نعم، لا بدّ و أن يحكم بحصول العتق فى العبد الذى اشتراه بالجاريه و بعدم حصول العتق فى الجاريه لأن تحقق العتق فى الجاريه يتوقف على تحقق الفسخ الذى هو مؤنه زائده بخلاف تحقق العتق فى العبد فإنه ملك نفسخ فيكون عتقه نافذا لأن الناس مسلطون على أموالهم.

و الحاصل: أن الكلام كان فيما لو اشترى عبدا بجاريه و كان له أى للمشترى خيار فإنه وقع الكلام هنا فى أنه هل يقدم الفسخ على الإجازه أو

تتقدم الإجازه على الفسخ بأن يكون العبد معتقا دون الجاريه أو لا يكون شى ء منهما معتقا فان عتق كليهما غير معقول لكونه مستلزما لتناقض، و عتق واحد منهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح فيحكم بسقوط كليهما.

و قد ذكر

المصنف و شيخنا الأستاذ و بعض المحققين أن المقام خارج عن بحث تقديم الإجازه على الفسخ أو العكس و الوجه فيه أن النزاع فى أن الفسخ يتقدم على الإجازه أو العكس انما هو فى مورد يكون الخيار لكل من الطرفين فإنه ح إذا فسخ أحدهما و أجاز الآخر يكون الفسخ هنا متقدما على الإجازه و لكن هذا ليس من جهه دليل خارجى، بل لأجل اقتضاء القواعد ذلك حيث ان الإجازه انما هى رضاء بالعقد و إمضاء له من قبل نفسه، و هذا بخلاف الفسخ فإنه هدم للعقد من أصله فيتقدم على الإجازه و أما إذا كان الخيار لواحد أو لمتعدد من طرف واحد، فلا دليل على تقدم أحدهما من الآخر، و عليه فيحكم ببقاء العقد على حاله و سقوط العتق من الجانبين أى من العبد و الجاريه كليهما.

و لكن يرد عليه ما ذكرناه من أن نفوذ العتق فى الجاريه يتوقف على الفسخ لترجع الى ملكها و لو آنا ما ليتحقق العتق لأنه لا عتق إلّا فى ملك و هذا بخلاف نفوذ العتق و تحققه فى العبد، فإنه لا يتوقف على شى ء بل ينفذ ابتدأ لكونه ملكا للمعتق فيصح عتقه لأن الناس مسلطون على أموالهم و لا يكون العتق متحققا فى الجاريه فإنها مال الغير، و لا عتق إلّا فى ملك فان كونها ملكا للمعتق يحتاج الى الفسخ و الفسخ لم يتحقق بعد لكونه مزاحما مع الإجازه، و عليه فلا وجه للحكم بسقوط كلا العتقين من جهه عدم الترجيح لأحدهما، فالترجيح بلا مرجح باطل.

نعم، هذا كلام صحيح بالنسبه إلى الإجازه و الفسخ حيث انه لا ترجيح لأحدهما على الآخر، فيحكم بعدم تحقق شى ء منهما و لا

منافاه بين تحقق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۶۶

العتق و القول بصحته، و عدم تحقق الإجازه فإنه لا ملازم بينهما فإنه لا يكون التصرف بالعتق اجازه للعقد، فإنه ربما يكون قصده مع هذا التصرف على الفسخ بعد ذلك فان التصرف انما يكون إجازه إذا كان مصداقا للإجازه و هذا لا يكون الّا مع القصد الا كان التصرف اجازه بالتعبد و سيأتى كما هو واضح.

و بعباره أخرى لم تقع المزاحمه هنا بين عتق العبد و عتق الجاريه بل وقعت المزاحمه بين الإجازه و الفسخ فسقوط الإجازه و الفسخ معا لا يستلزم سقوط العتقين كك كما هو واضح، لعدم كون عتق العبد محتاجا إلى شى ء هذا كله بالنسبه إلى الحكم الوضعى، و كك الكلام بالنسبه إلى الحكم التكليفى فإنه جائز فيما أخذ المشترى من الغير و غير جائز فى ما انتقل عنه الى غيره مثلا إذا اشترى فاكهه بخبز فأكلهما معا فان هذا التصرف بالنسبه إلى الفاكهه جائز لكونه تصرفا فى مال نفسه، و لا يتوهم احد حرمته و أما بالنسبه إلى الخبز غير جائز، فإنه تصرف فى مال الغير فهو غير جائز، إلّا باذنه و كك إذا كان التصرف فى العبد و الجاريه معا تصرفا لا يكون فسخا أو اجازه تعبدا بأن أمرهما معا بالإتيان بالماء أو شى ء آخر فإنه جائز بالنسبه الى العبد دون الجاريه، هذا كله إذا كان التصرف بنفسه مصداقا للفسخ و قصد الفاسخ أو المجيز الفسخ أو الإجازه بذلك.

و بعباره أخرى أن الفسخ أو الإجازه من الأمور الإنشائيه فيعتبر فيها القصد و الإبراز و ما ذكرناه من الاحكام انما يجرى فى صوره القصد بكونه إجازه أو فسخا ليكون التصرف مبرزا لهما

و مصداقا لهما خارجا.

و أما إذا كان التصرف من التصرفات التى تكون اجازه تعبدا و بحكم الشارع لا من جهه كونها إنشاء للإجازه و قاصدا به ذلك، بل يتحقق به الإجازه بحكم الشارع حتى مع عدم القصد بها، بل مع القصد بعدمها فإنه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۶۷

ح لا شبهه فى كون التصرف إجازه أيضا مضافا الى ما تقدم فى خيار الحيوان و ذلك كالتقبيل و اللمس و الوطى و نحو ذلك من التصرفات التى تكون مسقطه تعبدا كما هو واضح، هذا فيما إذا كان الخيار لخصوص المشترى.

و أما إذا كان الخيار هنا للبائع فقط و مع ذلك أعتقهما المشترى فان عتقه بالنسبه إلى الجاريه لا ينفذ أما مع عدم اجازه مالكها فعدم النفوذ قطعى كما هو واضح، و أما مع الإجازه فأيضا لا يصح لما مر مرارا أن الفضولى لا يجرى فى العتق لكونه من الإيقاعات، و قد قام الإجماع بعدم صحه الفضولى فى الإيقاعات كما هو واضح.

و أما بالنسبه الى العبد الذى هو ما له فنفوذ العتق فيه وضعا متوقف على البحث الآتى من أحكام الخيار و هو أنه هل يجوز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه بما يوجب خروج العين عن ملكه بأنه يتلفه أو يتصرف فيه بما هو فى حكم الإتلاف أم لا يجوز، فان قلنا بالجواز كما هو الحق فلا شبهه فى نفوذ العتق و الّا فلا ينفذ لما سيأتى من أنه متعلق لحق الغير فلا ينفذ التصرف فيه. و أما تصرف البائع فيهما معا فالكلام فيه هو الكلام فيما تقدم من صوره ثبوت الخيار للمشترى فقط و تصرف فيهما معا فلاحظ و تأمّل.

و أما إذا كان

الخيار ثابتا لهما معا فأعتق المشترى العبد و الجاريه معا، فهل هنا أيضا يتقدم الفسخ على الإجازه أو العكس أو يحكم بالسقوط فنقول إذا بيننا فى المسأله الآيه على جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه تصرفا متلفا أو ما هو فى حكم الإتلاف كاخراجه عن ملكه ببيع أو شراء، و ح يجرى فى المقام جميع ما ذكرناه فيما كان الخيار ثابتا لخصوص المشترى و قد ذكرنا هناك أن العتق ينفذ فى العبد فقط دون الجاريه و أن نفوذه فى العبد لا يتوقف على شى ء لكونه عتقا فى ملكه و الناس مسلطون على أموالهم و أما عتقه فى الجاريه لا ينفذ فإنه يحتاج الى الفسخ و لم يتحقق الفسخ بعد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۶۸

لكونه مزاحما مع الإجازه كما هو واضح، و هكذا الكلام فى طرف البائع لأن كلا منهما ممن له الخيار و يجرى هنا ما ذكره المصنف أيضا كما أشار إليه فى المتن و جوابه ما قدمناه. و ان قلنا بأنه لا يجوز لمن عليه الخيار أن يتصرف فى المال الذى انتقل اليه لكونه متعلقا لحق الغير، فلا يكون عتق كل من البائع و المشترى العبد و الأمه نافذا كما ينفذ تصرفاتهما الأخرى الناقله و المتلفه و إذا تصرف كل من البائع و المشترى فى هذا الفرض فيما انتقل عنه لا فيما انتقل اليه، حتى يتوقف على المسأله الآتيه ينفسخ العقد قطعا فيكون التصرف فسخا لعدم تزاحمه بالإجازه لأن المفروض أن التصرف فيما انتقل اليه لا يجوز لكونه ممن عليه الخيار و اذن فلا تزاحم بين الفسخ و الإجازه كما هو واضح.

ثم انك قد عرفت أن المصنف و ان عنوان

الکلام فی العبد و الجاریه و لکنها من باب المثال، فان البحث یجری فی غیرهما أیضا و المیزان هو أنه هل ینفذ تصرف المشتری فی کل من المبیع و الثمن أو لا؟ بل فی أحدهما فقط أو لا، ینفذ فی شی ء منهما، بل یحکم بالسقوط و التفصیل هو ما ذکرناه فافهم.

قوله مسأله: من أحکام الخیار عدم جواز تصرّف غیر ذی الخیار تصرّفا یمنع من استرداد العین.

اشاره

أقول: قد وقع الخلاف بین الأعلام أن التصرفات المانعه عن استرداد العین هل هی جائزه وضعا و تکلیفا لمن علیه الخیار أو غیر جائزه قد یقال بالأول، و قد یقال بالثانی، و ربما یفصل بین التصرف عتقا فهو نافذ لکونه بانیه علی التغلیب و بین غیره فلا ینفذ و فرق بعضهم بین الإتلاف و غیره و جوّز فی الثانی دون الأول لکن إذا فسخ العقد ینفسخ من أصله، و قیل بالانفساخ من حین الفسخ وجوه، بل أقوال، و لا بدّ و أن یعلم أن هذا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۴۶۹

البحث انما له ثمر و وجه إذا لم نقل بمقاله الشیخ الطوسی من القول بأنه لم تحصل الملکیه لکل من ذی الخیار و من علیه الخیار فی زمن الخیار و انما یحصل ذلک بعد انقضاء مده الخیار، فإنه علی هذا لا یجوز التصرّف لمن علیه الخیار لکونه تصرفا فی ملک الغیر بدون اذنه فهو حرام.

ثم انه بناء علی حصول الملکیه لکل من البائع و المشتری فی زمن الخیار غایه الأمر أن ذی الخیار له حق الرجوع الی ماله بفسخ المعامله فإن کانت العین باقیه یرجع الی عینه و الّا فإلی مثله، فلا شبهه علی هذا المبنی من وجود المقتضی لجواز تصرف من علیه الخیار فیما انتقل الیه و هو الملکیه و لا نعرف

وجها لمنع المقتضی و انما الوجه فی عدم جواز تصرف من علیه الخیار فی العین المنتقله إلیه هو وجود المانع عن التصرف و هو کون العین متعلقه لحق الغیر و ح فتصرفه انما یکون تصرفا فی حق الغیر فهو غیر جائز نظیر التصرف فی العین المرهونه مع کونها متعلقه لحق المرتهن و کالتصرف فی المبیع فی البیع الخیاری و کالتصرف فی أموال المفلس فإنها متعلق لحق الغرماء فهو لا یجوز، و کتصرف الورثه فی ترکه المیت مع کون الدین مستغرقا للترکه، فإن ذلک تصرف فی حق الغرماء و غیر ذلک من الموارد التی یحکم بحرمه التصرف من جهه کونه واقعا علی متعلق حق الغیر و مقامنا من هذا القبیل حیث ان العین متعلقه لحق الغیر فیکون التصرف فیها تصرفا لا فی متعلق حقه، بل موجبا لزوال حقه فهو لا یجوز کما هو واضح لا یخفی.

و أجاب عنه المصنف بان الثابت من خیار الفسخ بعد ملاحظه جواز التفاسخ بعد تلف العینین هی سلطنه ذی الخیار علی فسخ العقد بحیث ان الخیار حق تعلق بالعقد لا بالعین، و الّا فحین تلف إحدی العینین أو کلاهما لسقط حق الفسخ و لیس ککک، بل یجوز الفسخ مع تلف العینین

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۴۷۰

و لکن یرجع الی البدل و علی هذا فلا مانع من تصرف من علیه الخیار فی ما انتقل إلیه فی العین لکونه مسلطا علی ماله.

کان کلامنا فی جواز تصرف من علیه الخیار فیما انتقل الیه و قد ذکرنا أن البحث هنا متوقف علی القول بحصول الملکیه من الأول فی البیوع الخیاریه کما تحصل فی البیوع اللازمه أیضا، غایه الأمر أنها فی البیوع الخیاریه ملکیه

متزلزله فإنه على هذا المنهج يقع البحث فى أنه هل يجوز لمن عليه الخيار أن يتصرف فيما انتقل إليه أم لا؟

و أما على ما سلكه الشيخ الطوسى (ره) من عدم حصول الملك أصلا فى زمان الخيار لكل ممن له الخيار و عليه الخيار فان عدم جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه لا- يحتاج الى البحث فإنه تصرف فى مال الغير فهو لا- يجوز بدون اذنه، و اذن فالمقتضى لجواز التصرف قاصر من غير احتياج الى وجود المانع و أما على المسلك المعروف فلا شبهه فى وجود المقتضى لذلك و هو حصول الملكيه من حين العقد و انما الكلام فى وجود المانع.

و الذى قيل فى وجه المنع عن التصرف لمن عليه الخيار فى ما انتقل اليه هو أن العين أى ما انتقل الى من عليه الخيار انما هى متعلقه لحق الغير و هو من له الخيار و من الواضح أنه لا يجوز التصرف فى متعلق حق الغير بدون اذنه كما لا يجوز التصرف فى مال الغير بدون اذنه كما لا يجوز التصرف فى العين المرهونه بدون اذن المرتهن و فى أموال المحجورين عليهم من جهه الفلس بدون اذن الغرماء و فى الأمه المستولده لتعلق حق العتق بها و هكذا و المتحصل أن الخيار حق يتعلق بالعقد المتعلق بالعوضين من حيث إرجاعهما بحل العقد الى مالكهما السابق فالحق بالأخره متعلقه بالعين التى انتقلت منه الى صاحبه و اذن فلا يجوز أن

يتصرف فيها بما يبطل ذلك الحق كالتصرف المتلف أو ما هو بحكم الإتلاف.

و أشكل عليه المصنف (ره) بأن الخيار أمر تعلق بالعقد حيث ذكرنا فى أول الخيارات أنه

ملـك فسـخ العقـد أو إمضـائه لاـ أنه تعلق بـالعين ليكون ذلك متعلقا لحق الغير فلا يجوز التصـرف فيه و عليه فالمقتضـى لجواز تصـرف من عليه الخيـار فى مـا انتقـل اليه و هو الملكيه موجود و مـا ذكر من المانع لا يصـلح للمانعيه فيبقى دليل جواز تصـرف الملاك فى أموالهم على حاله أعنى النبوى المعروف الناس مسـلطون على أموالهم و مما يـدل على تعلق حق الفسخ بالعقد دون العين جواز تفاسـخ العقـد بعد تلف العينين أيضا بديهه أنه لو كانت العين موردا لحق الغير لما جاز التفاسخ بعد تلف العينين كما هو واضح.

و لاـ يقـاس المقام بحق الرهن الـذى تعلق بالعين الموجب لعـدم جواز إتلافها فإن العين هنا وثيقه فاتلافها ينافى ذلك، و ثانيا أن النص انما دل على عدم جواز التصرف فيها هذا محصل كلام المصنف فالنتيجه أنه يجوز تصرف من عليه الخيار فى ما انتقل اليه بلا ريب كما هو واضح.

أقول: ان كـان غرض المـانعين من كلامهم هـذا ما فهم المصـنف من كون الخيار و حق الفسـخ متعلقا بالعين بحيث يكون العين ابتـداء متعلقه لحق الغير فما ذكره المصـنف من الجواب عنه متين جـدا فان الفسخ يتعلق بالعقد دائما دون العين و لذا يسـقط حق الفسـخ بتلف احدى العينين أو كليتهما و قد يكون غرضـهم من ذلك هو أن الفسخ يتعلق بالعقد بحيث يرتفع به العقد و الاعتبار الـذى كـان مظهرا فى الخـارج و كـأنه لم يكن هنـا عقـد و بقانون هـذا الفسـخ يرجع كل من العوضـين الى ملك مالكه الأول و يفرض العقـد الموجـود كالعـدم و لكن مرجع ذلـك بالأـخره ليس الّـا كون العين متعلقه لحق الغير بـداهه أنه إذا أوجب الفسـخ ارتفاع

العقد و جعله كالعدم فيكون شأن كل من العوضين شأن أنه لم ينتقل من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۷۲

مالكه الأول إلى غيره فالعين بالأخره تكون موردا لحق الغير و متعلقا له، فإنه بانهدام العقد و إعدامه يرجع الى تلك العين بمقتضى دليل اليد. نعم مع عدم بقائه يرجع الى قيمته و لكنه لا يجوز إتلافها اختيارا بعد العلم بأنه ربما يفسخ العقد و يفرض كالعدم و يرجع مالك كل عوض اليه كما هو واضح.

و اذن فلا وجه لما أجاب به المصنف عن كلامهم فإنهم لا يدعون عدم تعلق الفسخ بالعقد، بل يدعون تعلقه به كما هو ظاهر كلامهم الذى ينقله المصنف و لكن حيث انه بعد فسخ العقد يرجع كل من البائع و المشترى الى ماله فبالأخره العين متعلقه لحق من له الخيار فإنه مسلط على فسخ العقد فيحتمل أن يفسخ هو ذلك العقد و يرجع الى ماله فمن الآن أى قبل الفسخ أن تلك العين المنتقله عمن له الخيار متعلقه لحقه كما أن العين المرهونه متعلقه لحق الراهن بلحاظ أنه مع عدم إعطاء الراهن حق المرتهن يبيعها المرتهن و يستوفى منها حقه.

و الحاصل أن الفسخ انما يتعلق بالعقد و لكن بعد الفسخ و فرض العقد كالعدم أن المرجوع إلى ذى الخيار هو تلك العين التى كانت عند من عليه الخيار فتكون من الأول متعلقه لحقه فلا يجوز التصرف فيها و لا ينافى ذلك انتقال حق من له الخيار الى بدلها إذا فسخ العقد و وجد العين تالفه عند من عليه الخيار كما هو واضح و على هذا فلا وجه لما أجاب به المصنف عن دليل المانعين.

و الذى ينبغى أن يقال فى جوابهم

هو أنه لا شبهه فی كون العين المنتقله الی من عليه الخيار متعلقه لحق من له الخيار، و لكن لا دليل علی عدم جواز التصرف فی كل ما يكون هو متعلق حق الغير، فان ذلک ليس من الضروريات حتی لا يحتاج الی دليل، بل انما هو من الأمور النظريه فيحتاج الی دليل فلا يمكن إثباته بلا دليل، فان هذا التصرف انما هو

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۷۳

صدر من اهله لكونه مالكا و وقع فی محله، بل انما ثبت ذلک فی موارد عديده من جهه الدليل الخاص كعدم جواز التصرفات المتلفه فی العين مرهونه، بل مطلق التصرف إلّا بإذن المرتهن فان ذلک من جهه النص و كذلک عدم جواز بيع ما تعلق به حق الاستيلاد كالأمه المستولده و كعدم جواز التصرف فی أموال من هو محجور بالفلس لكون أمواله متعلقه لحق الغرماء، و أما فی غير هذه الموارد فلا، ففی المقام أيضا لم يرد دليل خاص علی عدم جواز تصرف من عليه الخيار فی ما انتقل اليه تصرفا متلفا مع كون التصرف صادرا من اهله و هو المالک و واقعا فی محله، بل انما ذهب المشهور الی ذلک من جهه البرهان المتقدم من حرمه التصرف فی متعلق حق الغير، و الّا لو كان هنا مدرک آخر من الاخبار و غيرها لوصل إلينا و كان فی مرأی من الناس و مسمع خصوصا من المانعين حيث يذكرونه فی مقام الاستدلال علی مقصدهم فيعلم من عدم ذكرهم ذلک و تمسكهم بالدليل المذكور أنه ليس هنا دليل آخر يدل علی الحرمه كما هو واضح.

و ما ذكروه من الدليل واضح المنع فان المقام شبيه بكون أموال كل شخص متعلقه

لحق الورثه قبل الموت و هل يتوهم أحد أنه لا يجوز للملاک التصرف المتلف فی أموالهم لكونها متعلقه لحق الورثه و لا يجوز التصرف فی متعلق حق الغير و كذا فی المقام فان العين و ان كانت متعلقه لحق ذی الخيار فی زمن الخيار، بان يفسخ العقد و يرجع إليها فی زمان الخيار و لا دليل على حرمه مثل هذا التصرف كما هو واضح.

نعم، قامت القرينه القطعيه على عدم جواز تصرف من عليه الخيار تصرفا متلفا فی المبيع فی البيع الخيارى فيما إذا اشترط البائع على المشترى أن لا يبيع المبيع فی مده الخيار و لا يوهبه ككک، كما إذا باع أحد داره التی تساوى ألف دينار بخمسمائه دينار و اشترط على المشترى الخيار إلى سنه فان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۷۴

جاء بالثمن فهو، و الّا يسقط خياره أو اشترط عليه أن لا يبيعها إلى سنه و لا يوهبها، فان تقليل الثمن فی ذلک لمكان جعل الخيار قرينه قطعيه على عدم جواز التصرف المتلف فی المبيع فی مده الخيار و قد أشرنا الى ذلک فی طی بعض المسائل السابقه قبيل هذا، بل قامت السيره القطعيه الارتكازيه على ذلک، حيث ان من احتاج الى نقد يبيع متاعه الذى مورد احتياجه و لا يريد أن يخرج من ملكه يبيعه بعنوان بيع الخيارى و يجمع بذلک بين دفع احتياجه بثمنه و بين عدم خروج متاعه عن ملكه بقدر الإمكان و الّا لو كان نظره الى إخراجه من ملكه جزما و لازما لباعه من الأول بثمن كان ضعف الثمن الذى كان فی صوره اشتراط الخيار فيكون هذا المورد أيضا من جهه الموارد التی قام الدليل على عدم

جواز التصرف فی متعلق حق الغیر فی موارد وجود الخیار و لکن لا- یقاس بذلک بقیه الموارد من البیوع الخیاریه فإن ما انتقل الی من علیه الخیار و ان کان متعلقه لحق من له الخیار الّا أنه لا دلیل علی حرمه التصرف فی تلک العین.

ثم ان هنا کلاما بیننا و بین شیخنا الأستاذ فی تصرف من علیه الخیار فی المبیع فی البیع الخیاری من أنه هل یحرم التصرف فی ذلک وضعا و تکلیفا أو تکلیفا فقط، فبنی شیخنا الأستاذ فی ذلک و أمثاله علی أن الممنوع شرعا کالممتنع عقلا فحکم بفساد المعامله بذلک و بهذا بنی فی باب النهی عن المعاملات هل یوجب الفساد أو لا؟ علی فساد المعامله المنهی عنها، و ننقل ذلک فی المبحث المذکور قریبا فی بحث الأصول و نورد علیه بأنه لم یرد دلیل علی أن الممنوع الشرعی کالممنوع العقلی، بل المسلم من المنع الشرعی هو التحریم التکلیفی فقط، و علیه فتصرف من علیه الخیار فی البیع الخیاری المشروط فیه الخیار أو عدم البیع و الهبه إلی مده خاصه یکون حراما فقط تکلیفا من جهه مخالفه الشرط و أما من حیث الوضع فلا یترتب علیه فساد

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۴۷۵

المعامله المشروط فیها هذا الشرط و اذن فإذا فسخ ذی الخیار و وجد العین تالفه أو ما هو فی حکم التلف یرجع الی بدلها من المثل أو القیمه و ان لم تکن العین تالفه یرجع الی نفسها کما هو واضح.

و کیف کان فلا شبهه فی جواز تصرف من علیه الخیار فیما انتقل الیه من العوض، بل هذا مما قام علیه الإجماع و تسالم الفقهاء فی بعض الموارد کالثمن فی

بيع الحيوان، فإنه هل سمعت من أحد يتوقف فى التصرف هذا الثمن تصرفا متلفا بدعوى أنه متعلق لحق الغير و كذا فى الثمن فى البيع الخيارى حتى مع وجود الخيار للمشترى أيضا من خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط فإنه لم يتوهم أحد فى جواز التصرف ح فى الثمن، بل بناء البيع الخيارى على التصرف فى الثمن إذ البائع إنما باع ذلك العين بثمن رخيص مع الخيار مده لاحتياجه الى التصرف فى الثمن كما هو واضح.

و السر فى جميع ذلك هو أن التصرف انما هو صدر من اهله و وقع فى محله، بل تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه من الضروريات كما فى خيار الرويه و التأخير و الغبن، فان الغابن أو الذى يؤخر الثمن عن المده المعلومه فى المبيع المؤجل أو عن المده التى رضى البائع بالتأخير فى هذه المدّه فى بيع النقد و كذا فيما اشترى شيئا برؤيه قديمه ثم ظهرت العين على غير الوصف السابق فان فى جميع ذلك لا شبهه فى جواز تصرف من عليه الخيار فى المبيع، بل هو أمر ارتكازى ضرورى فلا يحتاج إلى التأمل أصلا.

و توهم أن الخيار فى الموارد المذكوره ليس من الأول، بل من زمان ظهور الغبن أو الرؤيه أو تأخير الثمن عن المدّه المعينه توهم فاسد بداهه ثبوت الخيار فيها من الأول كما تقدم فى السابق و الوجه فى ذلك هو ما ذكرناه فى مبحث خيار الغبن و الرؤيه و العيب من وجود الشرط الضمنى من المتعاملين من حين المعامله على تساوى العوضين فى المعامله لئلا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۷۶

يتحقق الغبن و ظهور كل من العوضين على الصفه المرئيه فى خيار

الرؤيه و عدم تعيب المبيع فى خيار العيب، و إذا كان هذا الشرط الضمنى موجودا فيثبت من تخلفه الخيار أى خيار تخلّف الشرط و حيث ان هذا الشرط موجود من الأول من المتعاملين فيكون الخيار أيضا ثابتا من الأول كما هو واضح.

نعم، زمـان ظهور الغبن و تحقق تـأخير الثمن و ظهور المبيع على غير الوصف السابق هو زمان ظهور الخيار لا زمان ثبوته كما هو واضح.

نعم، قـد يوجد الخيار بعد تحقق العقد بزمان بحيث لم يكن هنا خيار من الأول كما إذا باع شـيئا من شـخص بثمن مؤجل أو نقد فرضـى بتـأخيره إلى مـده فعرض الحجر لفلس على المشترى فى أثنـاء المـده و صار مفلسا و محجورا بحكم الحاكم و تعلق حق الغرماء فإنه ح يثبت الخيار للبائع من زمان عروض الحجر فيكون مخيرا فى فسـخ العقد و أخذ عين ماله لوجود النص الخاص فى المقـام و هـذا هو الـذى ذكرنـاه سابقـا و قلنا ان البائع أولى بالعين المبيعه من بقيه الـديان و الغرماء و أما فى غير هـذا المورد من الموارد لا نعرف موردا يكون الخيار موجودا بعـد زمان من حين تحقق العقـد بل هو موجود من الأول لوجود مقتضـيه غايه الأمر لم يظهر من حين العقد و انما ظهر بعد مده كما هو واضح، فافهم.

ثم ان هـذا كله فيمـا كـان التصـرف الصادر ممن عليه الخيار تصافا لازما فقـد تحصل أنه لا مانع من تصـرف من عليه الخيار فيما انتقـل اليه من العوض وضـعا و تكليفـا و أنه لاـ دليـل على المنع عن ذلك و ان كانت العين متعلقه لحق ذى الخيار و أنه لا يزيد على تعلق حق الورثه بأموال الإنسان و لم

یتوهم أحـد حرمه تصـرفه مراعـاه لحق الورثه و لا دلیـل علی وجوب إبقـاء متعلق حق من له الخیار فیما نحن فیه کما أنه لم یرد دلیل علی وجوب إبقاء الإرث للورثه کما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۴۷۷

ثم هنا فروع ثلاثه:

الأول: ان مورد البحث کما عرفت هو تصرف من علیه الخیار فیما انتقل الیه تصرفا متلفا للعین أو ما هو فی حکم الإتلاف

مع کون تصـرفه فی زمن الخیـار و قـد تقـدم الکلام مفصّلا فی جوازه و ان منعه جمع من الأکابر و انما الکلام فی أن المراد من الخیـار الـذی یقع التصـرف فی زمـانه هل هو الخیار الفعلی أو یعم الخیار إنشائی أیضا بمعنی أن مورد البحث ما یکون هنا خیار بالفعل أو یعم صوره وجود الخیار بعد ذلک، و ان لم یکن فعلیا، و انما یکون سـببه فعلیّا فنقول أن الخیار بحسب ثبوته بالفعل أو بـالقوه علی ثلاثه أقسـام:- الأول: أن یکون ثابتـا فعلا کخیـار المجلس و الحیوان و نحوهمـا فان الخیار فی أمثال ذلک موجود بالفعل أی من أول العقد، و إذا تصـرف من علیه الخیار فیما انتقل الیه کان تصرفه فی زمن الخیار فموضوع الخیار فی هذا القسم انما هو العقد و لیس فیه تعلیق علی شی ء بوجه فیکون حکمه و هو الخیار أیضا فعلیّا کما هو واضح.

الثانی: أن یکون الخیار فعلیّا حتی باعتبار سـببه أیضا، بل منشـئه کنفسه یکون ثابتا فی زمان متأخر عن العقـد کالخیار الناشـئ من الفلس حیث انه لم یکن فی زمان تحقق العقـد، بل العقد حینما تحقق انما تحققا لازما و غیر خیاری، بل انما نشأ الخیار من کون المشتری مفلسـا و غیر قادر علی أداء الثمن، فإنه ورد النص هنا بکون البائع له الخیار بالنسـبه إلی نفس المبیع ان کان باقیا فیکون هذا الخیار ناشئا من فلس المشتری

مع كونه قادرا أولا و انما لم يترق الثمن اما لكون البيع مؤجلا أو لعذر فى ذلك.

و بعباره أخرى إذا باع شخص متاعه من عمرو مؤجلا أو نقدا مع رضائه بتأخير الثمن مع كون المشترى غير محجور بالفلس، بل واجدا للمال كثيرا و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۷۸

قادرا لإعطاء الثمن ثم طراءه الفلس بعد زمان مع بقاء المبيع بعينه فإنه يثبت الخيار للبائع ح بالنسبه إلى إرجاع عين ماله و أنه لا يضرب مع الغرماء، و هذا الخيار سببه هو الفلس و انما يحصل ذلك و نفس الخيار بعد زمان مضى من زمان العقد.

الثالث: أن يكون منشأ الخيار من زمان العقد و لكن يكون نفس الخيار متأخرا عن العقد بزمان، كما فى الخيار الثابت بتخلف الشروط الضمنيه أو الصريحه أى المذكوره فى ضمن العقد حيث ان الخيار ليس بثابت من زمان العقد، و لا يكون فعليّا من حينه بحيث لو تصرف من عليه الخيار انما يقع تصرف فى غير زمان الخيار الفعلى قبل ثبوت الخيار كما فى القسم الثانى أيضا كان كك و انما يثبت الخيار بعد التخلف.

و بعباره أخرى الخيار مجعول من زمان العقد و لكن ظرفه متأخر حيث ان المتبايعين جعلا خيارا للمشترط عليه عند إيجاد العقد و فى زمان تحققه و لكن مشروطا بتخلف الشرط فيكون ذلك نظير الواجب المشروط.

فهل هذه الأقسام الثلاثه مورد للبحث المذكور و هو جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه و عدم جوازه أو بعضها داخل و بعضها غير دخل، فنقول أما القسم الأول فلا شبهه فى دخوله فى محل النزاع فان الخيار فعلى و محقق عند تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه،

فلو تم مـا ذكر من وجه المنع من كون التصـرف فى متعلق حق الغير فهو لاـ يجوز لجرى فى المقام فان المصـداق الواضـح لهـذا البحث هو هذا القسم.

و أما القسم الثانى: فهو خارج عن محل الكلام جزما بداهه أنه لا يمكن أن يقال أن تصـرف المشترى فى المبيع تصـرف فى حق الغير باعتبار أنه يطرأه الفلس بعـد ذلك فيثبت الخيار للبائع و تكون العين المبيعه متعلقه لحق البائع مع عدم وجود سـبب الخيار و منشئه لا فى زمان العقد و لا فى زمان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۷۹

التصـرف، بـل كـان البيع لازمـا من جميع الجهـات و لم يكن فيه خيـار حتى بنحو المشـروط نظير الواجب المشـروط و مع ذلك كيف يمكن أن يكون المبيع متعلقـا لحق الغير حتى يبـاحث فى جواز التصـرف فيه و عـدمه و عليه فسواء قلنا بجواز تصـرف من عليه الخيار فيما انتقل إليه أم لم نقل فهـذا القسم خارج عن حريم البحث جزما كما هو واضـح، و انما المتصـرف قد تصـرف فى ملكه اللاـزم من جميـع الجهـات من غير أن يكـون فيه شـوب الجواز و صـدر ذلـك التصرف من أهله و وقع فى محله كمـا هو واضح، لا يخفى فافهم.

و أمـا القسم الثالث من الخيار فهو مورد البحث و النزاع فى أنه داخل فى محل الكلام أولا بحيث إذا قلنا بحرمه تصـرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه كون تصـرفه هنا غير جائز قبل فعليه الخيار أو أنه خارج عن مورد البحث بحيث انه مع القول بحرمه تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه لا يمكن القول به هنا ففيه كلام و اشكال، من حيث ان الخيار ليس بفعلى

عند التصرف لعدم ثبوته فى زمان العقد فيكون التصرف جائزا حتى مع القول بحرمه تصرف من عليه الخيار فيما انتقل إليه بداهه أن هذا التصرف لم يكن فى زمان الخيار و من حيث ان سبب الخيار كان موجودا فى زمان التصرف فمع تماميه البرهان المتقدم للمانعين فالعين هنا متعلق لحق الغير أيضا غايه الأمر أن رجوعه أى ذى الخيار فى القسم الأول كان على تقدير واحد و هو الفسخ و فى هذا القسم على تقديرين أحدهما التخلف الموجب لثبوت الخيار، و الثانى الفسخ فى فرض التخلف، و هذا هو الأقوى فإن كون رجوع العين إلى ذى الخيار بتقدير و تقديرين لا- يوجب الفرق بين كون العين متعلقا لحق ذى الخيار، فيقع التصرف فى متعلق حق الغير كما هو واضح فافهم.

الفرع الثانى أنه بناء على عدم جواز تصرف من عليه الخيار فى ما انتقل اليه تصرفا متلفا للعين أو ما هو بحكم الإتلاف

هل يجوز لمن عليه الخيار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۸۰

أن يتصرفه فيه بما هو المعرض لفوات العين أو لا يجوز ذلك كما لا يجوز التصرف المتلف فى العين، فالمعروف هو الأول و لم يظهر من المصنف اختيار أحد الطرفين و جزم شيخنا الأستاذ على العدم، و مثال ذلك وطى الأمه، فإنه معرض لكونها مستولده و الاستيلاد مانع عن الرد و على هذا فيرد الاشكال على المشهور بأنه كيف يمكن الجمع بين الحكم بمانعيه الاستيلاد عن الرد و بين تجويز الوطى الموجب للاستيلاد و من هنا منع بعضهم عن ذلك و لكن تجويز الوطى مع الالتزام بمانعيه الاستيلاد عن الرد بأنه قد يعلم الواطى بعدم حصول الحمل بالوطى لكون الأمه يائسه و ح فلا فرق بين الوطى و التقبيل و غيره من التصرفات الغير المانعه عن الرد و ان قلنا بعدم جواز التصرف المانعه

عن الرد من التصرفات الاعتباريه و الخارجيه و عليه فالوطى يلازم الاستيلاد احتمالا أيضا بحيث أن الواطى يحتمل حصول الاستيلاد و مع عدم العلم بذلک فالظاهر أن مراد من يجوز الوطى مع قوله بمانعيه الاستيلاد عن الرد هو أن الواطى لا يعلم بحصول الاستيلاد غايه الأمر أنه يحتمل ذلک فبناء على جريان الاستصحاب فى الأمور الاستقباليه كما هو كک يحكم بعدم حصول الاستيلاد بهذا الوطى و مع الإغماض عن هذا الاستصحاب فيمكن التمسک باستصحاب العدم الأزلى.

و توضيح ذلک أنا نشک فى أن الوطى مفوت للعين و معرض لها الى التلف أم لا، نستصحب عدم ذلک و مع الغض عن ذلک فنتمسک بأصاله البراءه و الحلّ و نحكم بجواز الوطى لمن عليه الخيار و أن التزمنا بمانعيه الاستيلاد عن الردّ كما هو واضح.

و على هذا فلا وجه لما أفاده شيخنا الأستاذ من تقويه حرمه الوطى بناء على عدم جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه.

و حاصل كلامه أن الاستيلاد أمر خارج عن اختيار المكلف فإنه أمر قهر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۸۱

الحصول بعد تحقق الوطى و عليه فلا يكون ذلک موردا لتعلق النهى به و انما متعلق النهى هنا هو الأمر الاختيارى من فعل المكلف الذى يكون وسيله للاستيلاد و هو الوطى فيكون الوطى فى نفسه ممنوعا عنه و عليه فنفس الوطى تفويت لحق ذى الخيار لا فى معرض التفويت و لا يقاس ذلک بعرض المبيع للبيع لأنه بنفسه ليس تفويتا بل المفوت هو البيع الذى هو أمر اختيارى للمكلف و هذا الوجه الذى ذكره الأستاذ قد يسر عليه فى عده موارد خصوصا فى الأصول و بنى أن التكاليف قد يتعلق بالمسبب و

قد يتعلق بالسبب و وجه الظهور أن مقتضى الاستصحاب هو عدم كونه مفوتا كما تقدم، و مقتضى أصاله البراءه هو جواز الوطى كما يجوز التقبيل، فافهم.

الفرع الثالث: أنّه إذا نقل من عليه الخيار العين الى غيره بعقد جائز فهل يفسخ العقد الثانى بفسخ ذى الخيار العقد الأول أو لا ينفسخ،

و على تقدير عدم الانفساخ فهل لمن له الخيار إجبار البائع الثانى على فسخ العقد الثانى أو ليس له ذلك.

أقول: أما بناء على عدم جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه فلا شبهه فى عدم جواز تصرفه فى ذلك سواء كان بالتصرف الخارجى أو الاعتبارى و سواء كان التصرف الاعتبارى من التصرفات اللازمه أو الجائزه كما هو واضح و قد تقدم الكلام فى ذلك.

و أما بناء على الجواز تصرف فان نقل من عليه الخيار العين الى غيره بعقد لازم فلا شبهه فى أن فسخ من له الخيار العقد لا يكون فسخا للعقد الثانى و لا أن له إجباره برد العين من المشترى الثانى فإن تصرف البائع الثانى تصرف صدر من أهله و وقع فى محله فإنه و ان كانت ملكيته محدوده الّا أن العين كان مملوكا له مطلقا لا مقيدا بزمان. و ان كان النقل بعقد جائز و فسخ البائع الأول الذى هو ذو الخيار العقد فهل يكون فسخه فسخا للعقد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۸۲

الثانى أيضا أو لا؟ الظاهر أنه لا يكون فسخا بداهه أن المشترى الثانى لم يتلق البيع من البائع الأول حتى يكون البائع الأول مسلطا على فسخ العقد الثانى كما ذكره المصنف و لا أن سلطنه البائع الثانى من فروع سلطنه البائع الأول و فى طولها ليكون مسلطا على فسخ العقد الثانى من هذه الجهه بل انما يتلقى المشترى الثانى البيع من البائع الثانى الذى كان مالكا للعين و قد نقلها اليه

فيكون نافذا لكون الناس مسلطون على أموالهم، ثم هل لذى الخيار إجبار البائع الثانى على فسخ العقد الثانى بعد فسخه العقد الأول أو لا ذكر بعضهم و منهم السيّد فى حاشيته أن له ذلك فان قانون الفسخ رجوع كل من العوضين الى مالكه الأول فإذا كان مقتضى قانون الفسخ هو ذلك فيكون من عليه الخيار ضامنا بالعين ابتداء ضمانا معاوضيا فان تمكن من أداء العين فلا بدّ له ذلك و الّا فيكون منتقل الى المثل أو القيمه و حيث ان البائع الثانى الذى هو من عليه الخيار متمكن عن رد العين إلى البائع الأول بفسخه العقد الثانى فلا بدّ له أن يفسخ هذا العقد الثانى و يرجع العين الى مالكها الأول و هو ذى الخيار كما فى ضمان الحيلوله.

أقول: تاره نقول أن سلطنه ذى الخيار لم تنقطع عن العين و اخرى نقول بانقطاعها عنها و انما يكون مالكا لها بالفسخ أى ترفع اليد عن العقد بالفسخ و ترجع العين الى ملك ذى الخيار من غير أن تكون سلطنه مستمره فى ذلك، فعلى الوجه الأول فلا شبهه فى أن له أن يجبر الثانى على إرجاع العين اليه كما فى موارد البدل الحيلوله و لكن لم يتوهم أحد أن سلطنه البائع الأول لم تنقطع عن العين كما هو واضح.

و أما الثانى كما هو كك فالظاهر أنه ليس لذى الخيار بعد فسخه العقد أن يجبر البائع الثانى و هو من عليه الخيار على فسخ العقد الثانى بداهه أن مقتضى قانون السلطنه انما هو رجوع كل من العوضين الى مالكه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۸۳

الأول على تقدير بقاء كل منهما فى سلطنه من انتقل إليه بأنه إذا

فرض العقد ح كالعدم بواسطه الفسخ يرجع كل من العوضين الى مالكه الأول كأنه لم يقع هنا عقد و أما إذا لم يكن باقيا فى ملك من انتقل اليه فقهرا ينتقل العوض الى البدل فبقانون الفسخ يكون البائع الثانى مشغول الذمه ببدل العين من المثل أو القيمه و لا دليل على إجبار البائع الأول البائع الثانى على إرجاع العين بفسخ العقد الثانى.

و بعباره أخرى أن العقد إذا انفسخ فيرجع كل عوض الى مالكه الأول كأن العقد لم يقع فيخرج كل من العوضين عن سلطنه من انتقل اليه و يدخل فى ملك من انتقل عنه.

و أما إذا لم يكن هنا سلطنه لأحد الطرفين على العين لخروجها عن ملكه و لو لعقد الجائز فقهرا ينتقل الى البدل كما هو واضح.

و توهم أن الذمه ابتداء تشتغل بالعين كما هو مقتضى الضمان الخارجى بحسب اليد المضمنه و إذا لم يمكن من أداء العين تنتقل العين الى البدل و من الواضح أن أداء العين هنا ممكن بفسخ العقد الثانى توهم فاسد بداهه أن هذا غير الضمان الخارجى فإن الذمه هناك مشغوله بالعين ابتداء بخلاف المقام فان مقتضى قانون الفسخ رجوع كل من العوضين الى مالكه الأول بفرض العقد كأن لم يكن و لكن إذا فسخ العقد و لم تكن العين موجوده عند من انتقل إليه فإن مقتضى قانون الفسخ هنا ليس إلّا إرجاع المالكيه السابقه لكل من المتبايعين فحيث لم تكن العين موجوده فلا بدّ من أن تكون موجوده فى متعلق آخر كالبدل.

و بعباره أخرى أن ذمه من نقل العين الى غيره لا تكون مشغوله ابتداء الا بالبدل لأن مقتضى قانون الفسخ ليس إلا إرجاع ملكيه الفاسخ بفسخ العقد فان

كانت العين باقيه فترجع السلطنه فى ضمنها و الّا فى ضمن بدلها

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۸۴

لا أن الذمه تكون مشغوله بالعين ابتداء ثم مع التعذر تنتقل الى البدل فان العقد انما انفسخ فى زمان لم تكن العين موجوده فى ذمه من عليه الخيار حتى تكون ذمته مشغوله بها، بل كانت منتقله إلى الغير فلا ترجع بقانون الفسخ إلّا الملكيه فقط فى ضمن البدل و عليه فلا وجه لدعوى أن البائع فى البيع الثانى متمكن من فسخ العقد لفرض كونه جائزا فما دام متمكن من إرجاع العين لا تنتقل الى العوض لما عرفت أن الذمه أصلا لا تشتغل بالعين، بل حينما تشتغل تشتغل بالبدل، فافهم.

لا يقال ان معنى الخيار هو تحديد الملكيه المنشئه ففى المقام أن الملكيه المنشئه لمن عليه الخيار انما هى محدوده بالفسخ و هو قد نقل العين الى غيره بالعقد الجائز بحيث له فسخه أى العقد الثانى، فيكون المنشأ هنا أيضا ملكيه محدوده ففى الحقيقه قد بقى هنا حصه من الملكيه فى اختياره بان فسخ البائع الأول العقد الأول فله أن يرجع الى هذه الملكيه الباقيه أى لحصته بعد الفسخ فيجبره بذلك أى البائع الثانى بفسخ العقد الثانى فإنه يقال انما يرجع الى هذه السلطنه مع بقاء العين، و الفرض أنه منتقل الى غيره و ح لا يرجع بالفسخ الّا مطلق السلطنه فتكون متعلقه بالبدل على أن مقتضى ما ذكر هو انفساخ العقد الثانى بفسخ العقد الأول و قد عرفت ان المشترى الثانى لم يتلق البيع من البائع الأول، فلا معنى لانفساخ العقد بفسخ البائع الأول العقد الأول.

و بعباره أخرى و ان كان مقتضى قانون الفسخ هو فرض العقد الأول

كـأن لم يكن بحيث يرجع كل من العوضـين الى مالكه، و لكن إذا كانت العين تالفه كان مقتضـى قانون الفسـخ هو فرض العقد كالعـدم، الّا أنه بإرجاع الملكيه السابقه متعلقه بالبدل و أما إرجاع السـلطنه السابقه المتعلقه بالعين مع كون العين منتقله إلى الغير، فلا فإن السلطنه المتعلقه بالعين لا ترجع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۸۵

الّا مع كون العين موجوده كما هو واضح.

[فرعان]

قوله الثاني: أنه هل يجوز اجاره العين فى زمان الخيار بدون إذن ذى الخيار

اشاره

فيه وجهان:-

أقول: تحقيق هـذه المسـأله فى أنه إذا آجر من عليه الخيار العين المسـتأجره من غيره، فهل تبطل الإجاره بفسـخ ذى الخيار لكون الإجـاره بعـد ذلـك واقعه فى ملـك الغير، أى بقـاء و ان كـانت واقعه فى ملـك الموجر حـدوثا أو لا يبطل لأنها واقعه فى ملك المؤجر الذى كان مالكا بالعين مطلقا و ان كانت ملكيته محدوده.

فـذهب المحقق القمى إلى بطلاـن الإجـاره بفسـخ البيع بخيـار رد مثـل الثمن و علله بأنه يعلم بفسـخ البيع أن المشترى لم يملك منافع ما بعـد الفسـخ و أن الإجاره كانت متزلزله و مراعاه بالنسـبه فسـخ البيع و ذهب المصـنف إلى الصـحه فغايه الأمر يأخذ ذى الخيار ممن عليه الخيار مثل منفعه العين أى أجره مثل فى المده الباقيه.

و حاصل ما ذكره فى وجه ذلك أن من عليه الخيار انما ملك العين ملكيه مسـتعده للدوام من غير أن تقيد ملكيه بقيد و من نماء هـذه الملكيه المطلقه المنفعه الدائمه فإذا اسـتوفاها المشترى بالإجاره فلا وجه لرجوع تلك المنفعه إلى الفاسـخ و انما تعود العين اليه مسـلوب المنفعه فى مـده الإجـاره كمـا إذا بـاع العين فى زمن الخيـار فـإنه لاـ شـبهه فى نفوذ البيع و كمـا إذا تفاسـخ البائع و المشترى فإنه لم يحتمل أحد

ببطلان الإجاره بالتفاسخ مع أنه لا فرق بين الفسخ و التفاسخ.

ثم ذكر الفارق بين المقام و اجاره العين الموقوفه للأولاد فإنه إذا آجرها البطن الأول إلى مده معينه فتبطل الإجاره بعد انقراضه و لا تنتقل العين الموقوفه إلى البطن الثانى الا مسلوبه المنفعه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۸۶

و حاصل ما ذكره من الفارق هو أن البطون المتأخره إنما يتلقون الوقف من المالك الأول لا البطن الأول فمالكيتهم أى البطون المتأخره للانتفاع من الوقف من شئون ملك الواقف دون البطن الأول و اذن فليس للبطن الأول أن يتصرف فى العين الموقوفه إلا بمقدار حقه فان حقه محدودا بموته و ليس له أن يوجر العين إلى خمسمائه سنه و يأخذ آجرتها فتبقى العين مسلوبه المنفعه بالنسبه إلى البطون المتأخره لعدم سلطنه على هذا المقدار من التصرف فى العين كما هو واضح.

و على الجمله فلب مرام المصنف أن من عليه الخيار انما ملك العين على نحو الإطلاق و ان كان لذى الخيار إرجاع ذلك الى ملكه و لكن قبل أن يرجعها الى ملكه فلمن عليه الخيار أن يتصرف فيها كيف يشاء بإعدام العين أو إعدام منافعها الى وقت خاص و هذا واضح جدا.

و لكن مضافا الى بعد ذلك فى نفسه و مخالفته للارتكاز حيث انه من البعيد أن يقال أن المشترى مثلا بمجرّد أن اشترى شيئا مع البيع الخيارى إن آجر ذلك الى خمسين سنه أو أزيد فإذا فسخ ذى الخيار العقد فيقول أن العين كانت مملوكه لى و قد آجرتها للغير فأنت مستحق للعين مسلوبه المنفعه فإن ذلك خلاف الضروره قطعا، فافهم.

و لكن هذا المطلب يتوقف على ما ذكرناه من معنى الخيار و حاصله أن معنى

جعل الخيار فى العين ليس إلا إنشاء الملكيه المحدوده بالفسخ بحيث تكون غايتها حاصله بالفسخ و تنتهى مدته لا أن الفسخ رافع للملكيه و انما نقول بكونه رافعا لها بالمسامحه و المساهله و الّا ففى الحقيقه أن المنشأ ليس أزيد من الملكيه الخاصه المحدوده و من الواضح أن الأمور المحدوده ينتهى أمدها بحصول الغايه كالصوم المغيى بدخول الليل و جواز الأكل فى شهر رمضان المغيى بدخول الفجر و إذا كانت الملكيه على

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۸۷

العين محدوده بالفسخ و بالتبع تكون الملكيه على المنافع أيضا مقيده بالفسخ تابعه للعين، و الملكيه عليها مترتبه على ملكيه العين فلا يعقل أن يكون ملكه للمنافع مطلقه و لكن ملكه للعين مقيده بالفسخ و عليه فإذا فسخ ذى الخيار العقد تنفسخ الإجاره أيضا لتماميه أمد ملك من عليه الخيار أعنى موجر العين لغيره بالفسخ و حصول غايته بذلك، نعم المملوك و ان كان مملوكا لمن عليه الخيار مطلقا بحيث له أن يتصرف فيه كيف يشاء و ان كانت ملكيته لها مقيده بالفسخ كالسلطنه الموقت و الوزاره الموقته و غيرها من المناصب و الموقه و كرئيس الجمهور فى مده أربع سنوات مثلا- فإنه و ان كانت سلطنتهم موقته و لكن التصرفات الواقعه فى زمان هذه السلطنه الموقته يمكن ان تكون مطلقه، فإنهم مالكون للتصرف فى الأمور فى هذه المده على نحو الإطلاق و كذلك فى المقام حيث ان الملكيه و ان كانت مقيده بالفسخ مغياه به و لكن المملوك فى مده هذه السلطنه مملوكه مطلقه و عليه فينفذ فيه جميع التصرفات من الإتلاف حقيقه أو حكما كالنقل الى غيره ببيع و نحوه و لكن مع ذلك كله

فإذا آجر العين من غيره فلا تكون الإجاره نافذه لما بعد الفسخ أيضا.

و السرّ فى ذلك أن العين فى فرض الإجاره لم تخرج من ملك الموجر بل انما ملك المنفعه للمستأجر فإذا فرضنا أن ملكيته للعين مقيده بالفسخ بمعنى أن العين إذا بقيت فى ملكه فملكيته لها مقيده بالفسخ فتكون المنافع أيضا كك، و لسنا نقول ان ملكيه المنفعه لا تنفك عن ملكيه العين حتى يقال انه قد يبيع الإنسان العين مسلوبه المنفعه كما إذا آجرها لشخص ثم باعها من شخص آخر، بل نقول انه إذا ملك الإنسان العين بالملكيه المحدوده فلا يعقل أن يملك المنفعه بالملكيه المطلقه لأن الملكيه الثانيه مترتبه على الاولى كما هو واضح.

و على هذا فالوقف و ما ذكرناه شى ء واحد و لا فارق بينهما أصلا فما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۸۸

ذكره المصنف من الفارق ممنوع و من هنا لا وجه للقول بأنه كما يمكن لمن عليه الخيار أن يملك العين لشخص آخر ملكيه مطلقه فى زمان الخيار كالبيع و نحوه، و لم يكن البيع باطلا بالفسخ، بل ينتقل العوض الى البدل فكذلك الحال فى المنفعه أيضا و ذلك من جهه أن العين لمكان كونها من قبيل الجواهر لا يتقيد بالزمان كما ذكره أهل المعقول فأن الزمان لا يكون مقدرا للجواهر فلا- يقال دار اليوم و دار الغدو أن أحدهما غير الآخر و لكن المنافع تقدّر بذلك لكونها من قبيل الأعراض و عليه فيمكن تمليك المنفعه بمقدار خاص من الزمان و لكن لا يمكن ذلك فى تمليك العين بأن يملكها لشخص زمانا خاصا و عليه فلا يمكن تمليك العين للغير مقيده بزمان و أما المنافع فلمكان كونها من قبيل

الأـعراض فيمكن أن تقـدر بالزمـان و ح فحيث كـانت ملكيه المنـافع يتبع ملكيه العين و المفروض أنهـا بـاقيه فى ملـك من عليه الخيـار فـإذا فسـخ ذو الخيـار العقـد فيرجع الى العين فتبع ذلـك يرجع الى المنفعه أيضـا لمـا عرفت أن تمليك المنفعه فى زمان ممكن، نعم إذا ملـك العين من شـخص ببيع و نحوه و لاـ يمكن الرجوع إليهـا بعـد الفسـخ لمـا عرفت أن الملكيه العين لاـ تقطع بالزمان لكون العين من الجواهر، و الجواهر لا يقيد بالزمان كما ذكر أهل المعقول فافهم.

و مـا ذكره المصـنف من قياس المقام بالتفاسـخ قياس مع الفارق بـداهه أن معنى الفسـخ هل هو حل العقـد السابق و حصول أمد الملكيه الحاصـله بالعقد و ليس هنا ملكيه جديده حاصـله بالعقد و هذا بخلاف التفاسخ فإن الملكيه الحاصـله به ملكيه جديده و حاصله بالمرضاه الجديده كما هو واضح.

و عليه فيكون اجاره العين للغير قبل التفاسخ نظير بيع العين المستأجره

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۸۹

فتكون منتقله إلى المشترى مسـلوبه المنفعه و هـذا بخلاف المقام فإن الملكيه ليست جديده كما عرفت فما ذكره المحقق القمى هو متين جدا و لعل غرضه هو ما ذكرناه من ذهابه الى كون الملكيه مقيده بالفسخ و ان لم يصرح به.

لا يقال انه لو آجر من عليه الخيار العين المنتقله إليه ثم فسخ ذى الخيار العقد لا تبطل الإجاره لعدم كون الملكيه على هذا مقيده بالفسخ فإنه يقال ان ملكيته لما انتقل إليه تابعه لملكيه ما انتقل عنه فإذا كانت الملكيه هناك مقيده فتكون هنا أيضا مقيده و عليه فإذا قلنا ببطلان الإجاره هناك فنقول ببطلانها هنا أيضا.

(أقول: قد أوردت على الأستاذ بهذا الاشكال و أجاب

عنه بهـذا الجواب و لكنه أيضا لا يتم فإن الملكيه فى هذا الطرف أيضا لو كانت مقيده لما أوجب زياده القيمه فى ناحيه من عليه الخيار و نقصانه فى ناحيه من له الخيار، فافهم).

لا- يقـال أن الملكيه فى البيع الخيارى إذا كانت مقيـده بالفسـخ فيما ذا انتقل هـذه الملكيه اعنى الحصه الباقيه الى من عليه الخيار بالإجازه.

فإنه يقال انها تنتقل اليه بالفسـخ مجانا و ليس بيعا ثانيا حتى يورد عليه بعدم ترتب آثار البيع عليه و ليس له الرجوع إليها ثانيا كما هو الحال فى الهبه المجانيه فإن الرجوع انما يكون إذا كانت الهبه متعلقه بالعين لا بنفس الملكيه.

و دعوى أنه لا معنى لإسـقاط الملكيه لعدم شـمول دليل السـلطنه عليه مدفوعه بأن الإسقاط بدليل أدله إسقاط الخيار كقوله عليه السـلام اللّه، و ذلک رضـى منه بالبيع لا بدليل السـلطنه ليورد بعدم شـموله على رفع اليد عن السـلطنه كما هو واضح، و ان شئت فقل ان معنى الخيار هو كون المنشأ هو الملكيه المحدوده بالفسخ على تقدير عدم إمضاء ذى الخيار ذلک، فح لا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۹۰

نحتاج بذلک الطريق الاعوجاج من نقول أن دائره المنشأ مضـيقه من الأول بعدم الإمضاء لا أنه مضيق مع قطع النظر عنه حتى يرد الاشكال المذكور.

قوله: ثم انه لا إشكال فى نفوذ التصرف بإذن ذى الخيار.

أقول: ذكر المصـنف أنه إذا أذن من له الخيار لمن عليه الخيار فى إجاره العين يسـقط خياره بـذلک لـدلاله العرف على ذلک و منع بـذلک عمـا ذهب اليه المحقق الأردبيلى من منع دلاله الاذن على سـقوط الخيار ثم أبـدل ذلک بأنه لا يكون الاذن فى البيع أقل من التقبيل الموجب لسقوط الخيار

و كذلك أيده بروايه السكونى من كون العرض على البيع موجبا لسقوط و التزاما بالعقد فالإذن لا يقل عنه.

أقول: هذا المسأله أيضا متوقفه على ما ذكرناه فى معنى الخيار فإنه إذا كان معنى الخيار هو تحديد الملكيه و أن ملكيه المنفعه تابعه لملكيه العين كما عرفت فتكون ملكيه المنفعه أيضا محدوده بالفسخ بالتبع فلا محال يكون الاذن موجبا بسقوط الخيار و ذلك إذ ليست ملكيه من عليه الخيار للعين مطلقه حتى لا تبقى خيار لذى الخيار بداهه أنه إذا آجر من عليه الخيار العين باذن من له الخيار إلى مده و غير مقيده بالفسخ فقهرا تكون الإجاره بالنسبه إلى الزائد عن زمان الفسخ بإذن ذى الخيار فيكون معناه ح أن ذى الخيار رفع اليد عن التحديد المذكور و مع ذلك القول ببقاء الخيار التزام بالتحديد و ليس هذا الّا خلفا و مناقضه كما هو واضح هذا إذا اذن من له الخيار لمن عليه الخيار أن يوجر العين لنفسه و أما لو اذن فى الإيجار فقط من غير أن يقيده بكون الإجاره لمن عليه الخيار فلا وجه للبطلان لعدم دلاله ذلك الكلام على كون الإجاره لمن عليه الخيار حتى يكون ذلك دالا على إلغاء التحديد عن ملكيه من عليه الخيار فيحكم بسقوط الخيار، بل يمكن أن يكون إذنا فى الإجاره لتكون أجرته للموجر و هو من

عليه الخيار فى مده الإجاره و لمن له الخيار بعد الفسخ و اذن فلا دلاله لكلامه على سقوط خياره كما إذا صرح بذلك فإنه ليس فيه محذورا أصلا فافهم.

فما ذكره المصنف من دلاله الإذن عرفا على السقوط ممنوع على إطلاقه و انما هو يدل

على ذلك فى الصوره الأولى دون الثانيه كما لا يخفى.

و حاصل الكلام أن من جمله الفروع التى ذكرها المصنف أنه هل يجوز إيجار العين فى زمان الخيار أو لا،

اشاره

و تحقيق هذه المسأله فى ضمن جهات

الاولى: فيما يرجع الى عباره المصنف

حيث انه ذكر أولا فى مطلع كلامه أنه هل يجوز اجاره العين فى زمان الخيار بدون إذن ذى الخيار فيه وجهان، من كونه ملكا له فيكون التصرف صادرا من أهله و واقعا فى محله فيحكم بصحه الإجاره و من كون العين متعلقه لحق الغير فيحكم ببطلان هذا التصرف فان الفاسخ مسلط لأخذ العين و مع ذلك فلا وجه للحكم بصحه الإجاره فإنه بعد ما أخذ الفاسخ العين من المستأجر لا يبقى مجال لصحه الإجاره فإن صحتها متوقفه على أن يأخذ المستأجر العين لاستيفاء المنفعه منها ثم ذكر أنه لو آجر العين باذن من له الخيار أو من نفس ذى الخيار ثم فسخ ذى الخيار فلا تبطل الإجاره ثم بعد أسطر ذكر أنه لا شبهه فى نفوذ التصرف إذا كان الإيجار بإذن من له الخيار و انما الكلام فى أنه هل يكون ذلك الاذن موجبا لسقوط الخيار أو لا و على القول بعدم سقوطه بالاذن فهل تبطل الإجاره بنفس التصرف المتحقق فى الخارج أولا، فيعلم من ذلك أن ما ذكره من أنه لو آجر العين باذن من له الخيار أو من نفس ذى الخيار ففسخ لا تبطل الإجاره أمر مسلم فلا شبهه فيه و كان هذا ليس موردا للإشكال بين الفقهاء، بل الظاهر أن كلام المحقق القمى أيضا ليس فى هذه الصوره و انما مورد الخلاف و مورد كلام القمى هو الشق الأول أعنى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۹۲

ما إذا آجر من عليه الخيار العين من غير ذى الخيار بدون اذن من له الخيار، و ح كيف ساغ للمصنف (ره) عن تعقيب ما هو ليس بمورد

للخلاـف بالتعليـل بأن من عليه الخيار قـد ملك العين ملكيه مطلقه إلـخ، ثم نقل فيه خلاف المحقق القمى و الظاهر و اللّه العالم، أن فى العبـاره سـقطا فكـأنه لمـا ذكر الوجهان، فى الشق الأول و هو فرض اجاره العين بغير إذن ذى الخيار ثم ذكر الشق الثانى و حكم فيه بعـدم بطلاـن الإجـاره بالفسـخ ثم ذكر و أمـا الشق الأول فالأظهر و الأقوى هو صـحه الإجاره و علله بما ذكره الى آخر كلاـمه، و الّا فالشق الثانى ليس مورد التكلم أصـلا فضـلا عن مخالفه القمى فى ذلك، و لـذا لم يستشـكل فيه فيما بعـد أيضا من حيث بطلان الإجاره و عـدمه و انما تكلم فيه من حيث كون الإذن إسـقاطا للخيار و عـدمه، و مع عـدم كونه مسـقطا فهل يسـقط بالتصرف أو لا.

الجهه الثانيه: أنه ذكر المصنف (ره) وجهان فيما إذا آجر من عليه الخيار العين للأجنبى بدون اذن من له الخيار

ثم اختـار صـحه ذلـك من جهه أن من عليه الخيار انما آجر العين فى زمان كان مالكا لها فى ذلك الزمان ملكيه مطلقه مسـتعده للـدوام و من نماء تلك الملكيه المطلقه المنفعه الـدائمه، فإذا اسـتوفاها المشترى بالإجاره فلا وجه لرجوعها الى الفاسخ، بل يعود الملـك اليه مسـلوب المنفعه فى مـده الإجاره نظير البيع بعـد الإجاره فإن العين تكون ح ملكا للمشترى مسـلوب المنفعه فى مـده الإجاره ثم ذكر الفارق بين المقام و اجاره البطن الأول العين الموقوفه (على البطون على حساب البطن بعـد البطن) أزيـد من مده عمرهم فإنه تبطل الإجاره هنا بموت البطن الأول بخلاف ما نحن فيه، فان الفارق هو أن البطون المتأخره انما تلقوا العين الموقوفه من أصـل السـبب و هو الواقف دون البطن الأـول فلاـ يكون البطن الأـول مالكـا للانتفاع بالوقف أزيـد من مـده حياته لكونه أى البطن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۹۳

الأول مالكا للمنفعه المحدوده بالموت فكأن الواقف صرّح بذلك كما هو واضح بخلاف المقام فإن المشترى الأول قد ملك العين و منافعها مطلقه ما دام لم يفسخ فله التصرف فيها و فى منافعها كك، أى على وجه الإطلاق فيكون تصرفه نافذا لكونه صادرا من أهل و واقعا فى محله و اذن فلا وجه لبطلان الإجاره بالفسخ، ثم ذكر أن المقام بعينه نظير اجاره العين إلى مده، ثم تفاسخا المتبايعان بالإقاله حيث انه لم يحتمل احد هنا بطلان الإجاره و كك إذا باع من عليه الخيار العين فى مده الخيار فان البيع يكون نافذا فلا يبطل بالفسخ، بل يرجع مالك العين فى الصوره الاولى الى عين ماله و لكن مسلوبه المنفعه و فى الثانيه يرجع الى بدل العين كما هو واضح، هذا ملخص كلامه فى المقام.

و لكنه لا يتم على مسلكنا الذى استثناه فى معنى الخيار و قلنا ان حقيقته يرجع الى تحديد الملكيه المنشئه بالفسخ على تقدير عدم الإمضاء و على هذا فلا معنى لصحه الإجاره الواقعه بدون إذن ذى الخيار بعد فسخه العقد، و يكون عقد الإجاره بالنسبه إلى المده الباقيه من زمان الإجاره بعد الفسخ فضوليه و موقوفه على اجازه المالك و هو ذو الخيار ذلك العقد أى عقد الإجاره، و الّا بطلت إذ ملكيه المنافع كانت تابعه لملكيه العين فبعد ما كانت ملكيه العين محدوده بالفسخ فكانت ملكيه المنافع أيضا كك فإذا فسخ العقد مع عدم خروج العين عن ملك من عليه الخيار فكما يتم أمد ملكيه العين فكذلك يتم أمد ملكيه المنفعه أيضا كما هو مقتضى التبعيه.

نعم، لو كانت العين منتقله إلى شخص آخر ببيع

و نحوه و لم يكن له الرجوع إليها بعد الفسخ فإن ملكيه من عليه الخيار و ان كانت مطلقه و لكن المملوك كان مملوكا مطلقا كما مثلناه بمثل السلطنه و الوزاره و حيث ان العين من قبيل الجواهر و هى لا تتقيد بزمان فيكون الانتقال إلى المشترى الثانى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۹۴

أبديا و هذا بخلاف المنافع فإنها من قبيل الأغراض فتقدره بالزمان فيمكن أن تملك حصه منها دون الحصه الأخرى و عليه فبالاجاره تملك للمستأجر الى أن يتحقق الفسخ، و أما الحصه الباقيه بعد الفسخ فلا، كما هو واضح.

و أما قياس المصنف ذلك بالتفاسخ قياس مع الفارق بداهه أن معنى الفسخ هو إرجاع الملكيه السابقه و ان كان انحلال العقد انما هو من زمان الفسخ، و هذا بخلاف التفاسخ، فإنه تمليك جديد من الطرفين فلا بأس فى التمليك الجديد أن تمليك الإنسان العين مسلوبه المنفعه كما إذا آجرها من شخص ثم باعها من شخص آخر و كك الأمر بالتفاسخ، و اذن فالمقام بعينه مثل الوقف و لا فارق بينهما من هذه الجهه أصلا فما ذكره المصنف من الفرق بينهما غير واضح.

قوله: ثم انه لا إشكال فى نفوذ التصرف بإذن ذى الخيار و أنه يسقط خياره.

أقول: قد عرفت أن المصنف (ره) قد أشار الى عدم بطلان الإجاره بالاذن فيها أو باستئجار نفسه العين ممن عليه الخيار و هذا لا شبهه فيه و لا أنه مورد الخلاف بين الفقهاء و لذا أرسله المصنف إرسال المسلم على النهج الذى ذكرناه من وقوع التصحيف فى العباره و انما أشار الى جهتين أخيرتين فى المقام، إحداهما سقوط الخيار بالإذن فى الإيجار، و الثانيه مع قبول عدم سقوط

بـذلك لسـقوطه بالتصـرف بحيث أن الجهه الثانيه فى طول الجهه الاولى أما الجهه الأولى فبناء على مسـلكنا فى معنى الخيار من كونه عباره عن كون المنشأ مقيده بالفسخ على تقدير عدم الإمضاء، و عليه فما لم يأذن من له الخيار فى الإيجار أو لم يجز العقد بعد الإيجار، يكون العقد فضوليّا بالنسبه الى ما بعد الفسخ فتبطل الإجاره بالرد و بعدم الإمضاء و أما إذا اذن فيه أن يستأجر العين لنفسه بأن قال أجر هذه العين و لك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۹۵

أجرتها.

أو بعباره أخرى تدل على كون الأجره للموجر فلا شـبهه ح فى صحه الإجاره مطلق و سقوط الخيار بهذا الإذن بداهه أنه لا يعقل كون مجموع الأـجره للموجر مع عـدم الفسـخ، فـان من عليه الخيـار الـذى هو الموجر لم يكن مالكـا للعين و المنفعه إلّا بالملكيه المحدوده بحيث كان أمدها حاصلا بعد الفسخ و صارت العين و منفعتها ملكا للمستأجر و إذا صرّح ذى الخيار كون جميع أجره العين فى زمـان الإجـاره للموجر حتى بعـد الفسخ فلا يعقل هـذا الّا برفع اليـد عن الفسـخ و إمضاء العقـد و جعل ملكيه من عليه الخيار مطلقه و الّا يلزم التناقض فان مقتضـى كون مجموع الأجره له الملكيه مطلقه و الّا لم يكن الأجره بعـد الفسخ له و مقتضـى عدم سقوط الخيار أن الملكيه ليست بمطلقه و هما متناقضان، فافهم.

نعم، لو لـم يـدل الاـذن على كون الأـجره للموجر، بـل يجتمع مع كونها لـذى الخيار أيضا بعـد الفسـخ، فلا يسـقط الخيار بالاذن المذكور، فإن الإذن بالإيجار لا يناف بقاء الخيار كما إذا صرّح بذلک و يقول إذنک فى إيجار العين كيف شئت الّا أن الأجره

لک ما لم تفسخ العقد و أما بعد الفسخ فهی ملک لی و هذا واضح.

و أما علی مسلک المصنف فإنه (ره) قد استدل علی سقوط الخیار بوجهین، الأول: دلاله الإذن عرفا علی سقوط الخیار، فإن أهل العرف یفهمون من مثل ذلک السقوط کما هو واضح.

ثم ناقش فی دلاله الاذن علی السقوط فی آخر کلامه و شبهه باذن المرتهن للراهن ببیع العین المرهونه حیث ذکر أنه لا یسقط حق الرهانه بذلک عن العین المرهونه بحیث له الرجوع عن اذنه قبل البیع و کک فی المقام.

ثم تمسک بالوجه الثانی للقول بإسقاط الإذن ذلک و هو أن الاذن

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۴۹۶

تضمن للرضاء بالعقد بداهه أنه لیس بأدون من تقبیل الجاریه فکما أنه یدل علی سقوط الخیار فیها و کک الاذن فی التصرف فإنه یکشف عن رضاء ذی الخیار بالعقد، فیحکم بالسقوط ثم أیده بروایه السکونی فی کون العرض علی البیع موجبا لسقوط الخیار، فالإذن بالتصرف أولی بذلک منه کما هو واضح.

أما الوجه الأول: فیرد علیه أن المراد من دلاله الاذن فی التصرف من ذی الخیار أن کان هو الدلاله المطابقیه أو التضمنیه فهو بدیهی البطلان بداهه أنه لیس لسقوط الخیار من ذی الخیار باذن منه فی تصرف من علیه الخیار فی العین التی انتقلت الیه معنی مطابقیّا للاذن و لا معنی تضمنیّا لذلک لعدم وضع هذه اللفظ فی لغه من اللغات علی ذلک فلا یعقل معه دعوی الدلاله المطابقیه أو التضمنیه.

و أما الدلاله الالتزامیه فهی أیضا منفیه و ذلک من جهه أن اذن ذی الخیار فی التصرف من علیه الخیار فی العین لا یزید علی ما یقتضیه طبع العقد شیئا فإن مقتضی البیع هو

أن كون من عليه الخيار مالكا للتصرف فيما انتقل اليه غايته ملكيه محدوده و لا شبهه أنه يجوز للملاک أن يتصرفوا فی أموالهم لكونهم مسلطين على ذلک سواء اذن لهم من له الخيار أو سكت، بل منع عن التصرف فإذا كان ذلک من مقتضيات طبع المعامله فلا يترتب على الاذن فی تصرفه فيها أثر أصلا، إذ لا يزيد على أصل مقتضى طبع المعامله شيئا أصلا فحيث ان المصنف (ره) قد التزم بحصول الملكيه المطلقه لمن عليه الخيار من غير أن تكون مقيده بالفسخ فلا۔ محاله فجاز له التصرف بحسب مقتضى طبع العقد کک، و اذن من له الخيار فی ذلک لا يوجب شيئا وراء ما يقتضيه أصل طبع المعامله، فهل يتوهم أحد أنه لو أشترى شخص ثوبا و قال له صاحبه و هو البائع ألبسه أن هذا إسقاط لخيار المجلس و كذلک نظائره فإن العرف لا يشكون فی عدم دلاله قوله ألبسه على سقوط الخيار و أى فرق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۹۷

بينه و بين المقام كما هو واضح، بل يمكن أن يتوهم أن دلاله اذن المرتهن للراهن ببيع العين المرهونه على سقوط حق الرهانه عن العين دلاله عرفيه موجوده و لكن لا۔ سبيل لهذا التوهم هنا و ذلک لأن الراهن لم يكن له التصرف فی العين المرهونه قبل اذن المرتهن و هذا بخلاف المقام، فان من عليه الخيار له التصرف فی العين المنتقله إليه بحسب مقتضى طبع العقد بدون إذن ذی الخيار كما عرفت.

و بعباره أخرى معنى الدلاله الالتزاميه أن يلزم العلم باللازم بتصور الملزوم فی الالتزام البين بالأخص، و فی البين بالمعنى الأعم أن يلزم من تصور اللازم و الملزوم و

النسبه بينهما العلم بالللزوم و من الواضح أن كليهما منفى فى المقام، فإنه لا يلزم من تصور الاذن و سقوط الخيار و تصور الملازمه بينهما العلم بالملازمه بينهما فعلى مسلك المصنف فلا وجه لسقوط خيار ذى الخيار بإذنه فى التصرف من عليه الخيار فى التصرف فى العين المنتقله إليه كما هو واضح.

و من هنا ظهر أيضا أنه لو اذن ذى الخيار لمن عليه الخيار فى بيع العين من غيره فلا يسقط خياره، فان جواز نقل العين لمن عليه الخيار من مقتضيات نفس العقد فلا يكون الاذن فيه موجبا للزياده الاذن فى التصرف ليكون التصرف مستندا اليه ليكون الاذن ح موجبا لسقوط الخيار.

و الحاصل: أن الاذن لا يوجب زياده التصرف الذى لم يكن قبل الاذن بحيث يكون مشروعيه ذلك التصرف مستندا الى الاذن لكى يحكم بدلاله الإذن ح على سقوط الخيار كما هو واضح، و من هنا التزمنا بسقوط الخيار بالإذن فى التصرف بناء على مسلكنا، فان جواز تملك من عليه الخيار منفعه العين بعد فسخ العقد أيضا مستند إلى إذن ذى الخيار لعدم وجوده قبل ذلك فيكون ح دالا على سقوط الخيار لتحقق الملازمه بينهما على

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۹۸

هذا، بل يمكن أن يكون مع اذنه بانيا على الفسخ، بل يصرح بذلك مع انه لو كان الاذن دالا على السقوط لكان ذلك منافيا لمفهوم الاذن.

و أيضا قد ظهر مما ذكرناه أنه لو آجر ذو الخيار العين المنتقله الى من عليه الخيار من الغير لنفسه بان تكون الأجره له، فلا مناص عن كون ذلك فسخا للعقد مقابل ما ذكرناه من اذنه له أن يوجرها من غيرها لتكون الأجره له أى لمن عليه الخيار

فإنه لا- معنى لبقاء العين فى ملكه أى من عليه الخيار مع أن تكون المنافع ملكا لذى الخيار، بحيث تكون الأجره التى فى مقابل المنافع ملكا له كما هو واضح.

و أما الوجه الثاني: و هو الالتزام بدلاله الاذن على كون ذى الخيار راضيا بالعقد كالتقبيل، ففيه أنا ذكرناه فى خيار الحيوان أن أمثال هذه التصرفات كالتقبيل و اللمس و النظر، بل الوطى على كون المتصرف راضيا بالعقد، بل يمكن ذلك مع بنائه على عدم الفسخ أصلا فضلا عن أن يكون خاليا عن البناء أيضا و ككك الاذن فإنه يمكن أن يأذن فى التصرف على ما هو مقتضى طبع العقد و مع ذلك كان بنائه على الفسخ أو مسكوتا عنه من غير أن يكون ذلك منافيا لمفهوم الاذن كما عرفت، نعم التزمنا بكون الأمور المذكوره موجبه لسقوط الخيار لا- من جهه كشفها عن الرضا بالعقد، بل من جهه التعبد الشرعى و دلاله النص على السقوط بها كما هو واضح، فافهم.

(و من هنا ظهر عدم دلاله روايه السكونى أيضا على ذلك لكونها واردا على نحو التعبد على أنها ضعيفه السند) على الظاهر نعم إذا كانت هنا قرينه خارجيه دلت على سقوط الخيار بالاذن و أنه مصداق لذلك فلا بأس به.

لا- يقال على ما التزمتهم من كون الخيار راجعا الى تحديد الملكيه يلزم الالتزام بصحه البيع إلى أمد خاص مع أنه لم يلتزم به أحد، و فيه أنه لم يكن نص على بطلان مثل ذلك البيع لم يكن محذور فيه، و لكن النص دل على

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۴۹۹

بطلانه لا يقال بناء على ما التزمتهم من المبنى المذكور يمكن لنا القول بجواز رجوع ذى الخيار

الى من عليه الخيار، فيما إذا نقل العين الى غيره و أبقى المنفعه فى ملكه فإنه مع الفسخ يرجع الى المنفعه و يتملكها بالفسخ و أن الفسخ إرجاع الملكيه الاولى.

و فيه أن ملكيه المنفعه تابعه لملكيه العين فإذا أمكن إرجاع العين إلى الملكيه السابقه فترجع معها المنفعه و الّا فلا، كما هو واضح، و أما الرجوع الى المنفعه فقط دون العين على خلاف الارتكاز العرفى من تبعيه ملكيه المنفعه لملكيه العين، فافهم.

الجهه الثانى: (أعنى سقوط الخيار بوقوع التصرف فى الخارج بإذن ذى الخيار) أنه ذكر المصنف (ره) أن التصرف الواقع تفويت لمحل هذا الحق و هى العين باذن صاحبه فلا ينفسخ التصرّف و لا يتعلق الحق بالبدل لأن أخذ البدل بالفسخ فرع تلف العين فى حال حلول الحق فيه، لا مع سقوط الحق عنه.

أقول: ان كان مراد من هذه العباره أنه يعتبر أن يكون التلف فى زمان وجود الحق لا فى حال سقوطه، بمعنى أنه انما يبقى حق الفسخ لذى الخيار مع تصرف من على الخيار فى زمان وجود حق الفسخ لذى الخيار و حلوله فإنه ح يكون التصرف فى متعلق حق الغير فلا يكون مثل هذا التصرف موجبا لسقوط الخيار فان حين تحققه أى التصرف قل تحقق فى متعلق حق الغير و عليه فله أى لذى الخيار أن يفسخ العقد بعد التصرف المذكور فان كانت العين باقيه يرجع الى العين و الّا فإلى البدل و أما إذا كان التصرف واقعا على العين فى زمان ليس لذى الخيار حق، بل سقط ذلك بواسطه التصرف و لم يكن التصرف فى متعلق حق الغير فح لا يكون له خيار حتى يفسخ العقد و يرجع الى البدل و

من المفروض أنه إذا أذن لمن عليه الخيار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۰۰

أن يتصرف فى العين فقد أسقط خياره بذلك، و وقع التصرف فى زمان سقوط الخيار لا- فى زمان وجوده و حلوله ليكون التصرف واقعا فى متعلق حق الغير فلا يكون منافيا لثبوت الحق.

و ان كان مراده هو هذا، فلا نفهم معنى ذلك بوجه و لا يمكن تصحيحه بوجه إذ يرد عليه:

أولا: أن كلامنا فى سقوط الخيار بالتصرف بأنه هل يسقط بذلك أو لا يسقط، ففرض سقوط الخيار به بحيث يكون التصرف واقعا فى زمان سقوط الخيار ليس الّا دورا واضحا، فان سقوط الخيار يتوقف على وقوع التصرف و كون التصرف مسقطا للخيار متوقف على سقوط الخيار ليكون واقعا فى زمان سقوطه لا فى زمان حلوله كما هو واضح.

و الحاصل: لو قلنا بان التصرف فى مثل القرض يكون مسقطا يلزم الدور على أنه كيف يكون التصرف مسقطا للخيار مع أنه فى زمان كان له الخيار ليس هنا التصرف و فى زمان تحقق فيه التصرف ليس هناك خيار فلا ربط بالتصرف بسقوط الخيار أصلا كما لا يخفى.

و ثانيا: لا دليل على وقوع التصرف الذى يثبت منه الخيار أى لا يضر بوجوده فى زمان وجود الحق ليكون التصرف فى متعلق حق ذى الخيار، بل مع كونه واقعا فى زمان عدم الخيار أيضا يمكن أن يبقى لذى الخيار حق الفسخ، فإذا أتلف من عليه الخيار العين فبفسخ ذى الخيار العقد فيأخذ ممن عليه الخيار بدل العين كما إذا كان لأحد المتبايعين خيار منفصل ككون فى رأس الشهر فقد تصرف الآخر فى العين تصرفا متلفا أو ما هو فى حكم الإتلاف كنقله الى غيره ببيع و

نحوه فـان ذلک يمنع عن ثبوت الخيار لـذى الخيار فى رأس شـهر و لم يحتمل أحـد سـقوط الخيار بتصـرف من عليه الخيار قبل وصول زمان الخيار و عليه فإذا وصل وقت الخيار و فسخ ذو الخيار العقد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۰۱

ينتقل ضـمان العين الى البدل فيأخذ ممن عليه الخيار بدل ماله من المثل أو القيمه فلا ملازمه بين فسخ العقد و الرجوع الى البدل و بين كون التلف أو ما هو فى حكمه فى زمان حلول الحق لا فى زمان سقوطه كما هو واضح.

و أيضا لا شـبهه فى جواز تفاسـخ المتبايعين بالإقاله مع تلف إحـدى العينين أو كليهما فإنه بعـد ذلک يرجع الى البـدل مع أنه لم يكن حق لأحـدهما كمـا فيمـا انتقـل الى الآخر و بـالعكس ليكون التلف فى زمان وجود الحق كما هو واضـح، فكيف مع عـدم الدليل على ما ذكره المصنف على ما هو ظاهر كلامه فالدليل على خلافه كما عرفت فلا يمكن المساعده على هذا الرأى بوجه.

و حيث كان هذا الاحتمال بعيدا عن المقام المصـنف و لم يكن له معنى محصـلا أصلا، فقد وجه شيخنا الأستاذ سقوط خيار من له الخيـار بتصرف من عليه الخيـار بإذن ذى الخيار بوجه آخر، و لعله هو مراد المصـنف أيضا و قال أن الاولى أن يعلل لسـقوط الخيـار بالتصـرف بمـا أشـرنا إليه فى خيار الغبن، و هو أن التصـرف المأذون فيه مفوت لمحل الحق، حيث ان الغرض من الفسـخ استرجـاع الملـک السـابق امـا بعينه أو ببـدل و كـل منهمـا متعـذر أمـا العين فلخروجهـا عن ملـک المشـترى بالتصـرف النـاقـل أو بالإتلاف، و أما البدل فلأنه فرع كون العين مضمونه عليه و بعد كونه

مأذونا فى التصرف لا يمكن أن يكون ضمان العين عليه، فلا موضوع لانتقال الضمان الى بدلها فإذا امتنع الضمان امتنع الفسخ فامتنع الخيار.

و هذا الذى ذكره الأستاذ له وجه، و قد ذكرنا أنه يمكن أن يكون مراد المصنف و لكن يرد عليه أنه كما أن اذن ذى الخيار فى تصرف من عليه الخيار لا يوجب سقوط الخيار، و كذلك وقوع التصرف فى الخارج بإذن ذى الخيار أيضا، لا يوجب سقوط الخيار و ان كان التصرف واقعا فى متعلق حق الاذن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۰۲

و السرّ فى ذلك هو ما تقدم من أن جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه من العوض انما هو من مقتضيات طبع العقد سواء أذن له ذو الخيار أم لم يأذن، لأن العين كانت مملوكا له و لا شبهه فى جواز تصرف الملاک فى ملكهم بأى تصرف شائوا و على هذا فاذن ذى الخيار فى التصرف فيها مع تحقق التصرف أيضا فى الخارج لا يوجب سقوط حقه، و عدم كون التصرف فى متعلق حقه بل يمكن أن يكون بنائه أى الآذن هو الفسخ، و لو بعد تلف العين أو يصرح بذلك و أنه يرجع الى البدل مع كون التصرف متلفا للعين، مع أنه لو كان بينهما منافاه لما جاز التصريح بذلك.

نعم، لو كانت العين مملوكه لذى الخيار لكان اذنه فى التصرف فيها موجبا لسقوط الضمان، و ليس كك، فاذن لا شبهه فى بقاء حق ذى الخيار مع تحقق التصرف فى الخارج، و ح فإذا فسخ ذى الخيار العقد فان مقتضى قانون الفسخ هو رجوع كل من العوضين الى مالكه الأولى و مع عدم بقاء العين يرجع الى

البدل.

و بعباره أخرى أن مقتضى طبع العقد هو جواز تصرف من عليه الخيار فى ما انتقل اليه من العين سواء اذن به ذو الخيار أم لا، و سواء تحقق التصرف فى الخارج باذن من له الخيار أم لا، فان اذن من له الخيار فى ذلك لا يزيد بالنسبه إلى أصل الجواز شيئا أصلا، و عليه فلا ينافى إذن ذى الخيار فى ذلك ببقاء الخيار أصلا كما إذا صرح بذلك لعدم التنافى فى ذلك أصلا.

و أما كون من عليه الخيار ضامنا بالبدل بعد فسخ العقد فإنما هو من جهه قاعده ضمان اليد أو ضمان الإتلاف و ذلك فان مقتضى قانون الفسخ هو رجوع كل من العوضين الى مالكه الاولى بعد الفسخ، فإذا فسخ فمقتضى دليل اليد هو لزوم أداء العين فحيث لم تكن العين موجوده فمقتضاه لزوم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۰۳

أداء البدل و هذا هو الذى تقتضيه قاعده الضمان بالإتلاف، فإن مقتضى من أتلف مال الغير فهو له ضامن الرجوع الى البدل من المثل أو القيمه فإنه بعد رجوع العوض الى مالكه الأول ان ما أتلفه من عليه الخيار انما أتلف مال غيره فهو له ضامن بأداء المثل أو القيمه فافهم، فلا يكون الاذن ممن له الخيار فى التصرف و وقوع التصرف فى الخارج سببا لسقوط خيار ذى الخيار أصلا، نعم إذا صدر الاذن فى التصرف من المالك و وقع التصرف المتلف أو ما هو فى حكم الإتلاف فى الخارج فلا شبهه فى كون هذا النحو من الاذن موجبا لعدم ضمان المتلف بذلك العين فإن الاذن قد صدر من أهله و لا بدّ من الالتزام بلوازمه و هذا غير من له الخيار فى

التصرف فيما انتقل الى من عليه الخيار فان ذلك التصرف كان مقتضى طبع العقد بخلاف التصرف هنا فإنه لم يجز لمأذون له أن يتصرف فى مال غيره قبل الاذن، و انما جاز ذلك بعده كما هو واضح فلا يكون موجبا للضمان فكأن شيخنا الأستاذ خلط بين التصرف الواقع فى الخارج فى مال شخص آخر بإذنه فإنه لا يوجب الضمان سقوط حقه عن ماله باذنه بالإتلاف و بين المقام حيث أن وقوع هذا التصرف المتلف فى الخارج لا يوجب سقوط حق من له الخيار عن العين أعنى أنه لو فسخ لكانت العين له، فان وقوع التصرف المذكور بإذنه فى الخارج لا يوجب سقوط حقه عن الرجوع الى البدل بعد فسخ العقد لعدم كون اذنه فى هذا التصرف موجبا لشى ء لم يكن لمن عليه الخيار كما هو واضح.

نعم، لو ثبت من القرائن الخارجيه أن أذن من له الخيار التصرف فى العين الخارجيه لمن عليه الخيار موجب لسقوطه لكونه قاصدا به سقوط خيار أو أنه قصد ذلك بوقوع التصرف فى الخارج و ان لم يكن قاصدا ذلك بالاذن لكان للقول بالسقوط مجالا واسعا و لكنه خلف الفرض فإنه الكلام فى دلاله نفس الاذن على سقوط الخيار كما فى الجهه الأولى فى دلاله نفس

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۰۴

وقوع التصرف فى الخارج على سقوط الخيار كما فى الجهه الثانيه، فافهم ذلك.

قوله: مسأله المشهور المبيع يملك بالعقد و اثر الخيار تزلزل الملك.

اشاره

أقول: الظاهر أن الاولى تقديم هذه المسأله على المسأله السابقه، كما أشرنا إليه فى أول المسأله السابقه بأن يتكلم أولا فى توقف حصول الملكيه بانقضاء زمان الخيار أولا و عدمه ثم يتكلم فى أنه هل يجوز تصرف غير ذى الخيار فيما انتقل اليه أو لا فقد

ذكرنـا أنه لا- يجوز ذلـك على قول الشـيخ لكونه تصـرفا فى ملـك الغير بـدون اذنه فهو لا- يجوز و أما على قول غير الشـيخ من المشـهور القائلين بعدم توقف الملكيه على انقضاء زمان الخيار ففيه خلاف فالمقصود أن الاولى تقديم هذه على المسأله السابقه لتوقفهـا عليهـا بخلا-ف العكس كمـا عرفت ثم ان المعروف و المشـهور بين الفقهـاء أن الملكيه حاصـله من حين العقـد فى البيع الخيارى غايته ملكيه متزلزله.

و لكن الظاهر من الشـيخ الطوسـى و من تبعه انها تحصل بعـد انقضاء زمان الخيار لكل من ذى الخيار و غيره إذ لا معنى لحصول الملكيه لطرف واحد دون الأخر فإن البيع مبادله مال بمال فلا معنى للانتقال من طرف دون الآخر فافهم.

و قد اضـطربت كلمات الفقهاء فى فهم كلام الشـيخ و بيان مراده فان ظاهر إطلاق المحكى عن المحقق و جماعه أن الشيخ التزم بعدم حصول الملكيه فى زمان الخيار المختص بالمشترى أيضا.

بل صرح فى التحرير بشموله لذلك لكن ذكر الشهيد فى الدروس خلافا فى حصول الملكيه من حين العقد أو بعد انقضاء الخيار ثم نسب الى الشيخ الـتزامه بحصول الملكيه من حين العقـد فى الخيـار المختص للمشترى و نقـل عن ابن الجنيـد توقف حصول الملكيه على انقضاء زمان الخيار ثم وقع الخلاف

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۰۵

بين الأعلام فى أن الشيخ فيما يقول بتوقف الملكيه على انقضاء زمان الخيار هو من باب الكشف أو النقل و أيضا وقع الكلام فى أنه يقول بـذلك فى الخيـارات المتصـله فقـط أو مطلقـا و ان كانت الخيارات منفصـله عن العقـد و أن مراده هو ذلك فى صوره كون الخيار لكل من البائع و المشترى أو للبائع، و

أما إذا اختص بالمشترى فلا- يقول بذلك أو يقول به مطلقا كما عرفت الإشاره إلى كون كلامه مطلقا بالنسبه إلى الخيار المختص بالمشترى أيضا على ما هو المحكى عن المحقق و جماعه، و ظاهر بعضهم عدم التوقف فى صوره اختصاص الخيار بالمشترى كخيار الحيوان و نحوه.

و على الجمله اضطربت كلمات الفقهاء فى نسبه القول بتوقف الملكيه على انقضاء زمان الخيار الى الشيخ، فان منهم من قال بان الشيخ التزم بذلك فى مطلق زمان الخيار و ان كان مختصا بالمشترى أو يقول بذلك فيما كان الخيار ثابتا للمتبايعين معا أو لخصوص البائع و أيضا وقع الخلاف فى أنه يقول بذلك فى الخيار المتصل أو فى الخيار المنفصل أيضا و قد نسب إليه فى القول بعدم التوقف فيما إذا صار أحد المتبايعين مفلسا الى غير ذلك من الاختلافات و الاضطرابات كما ذكره المصنف فى المتن، و لا يهمنا تحقيق هذا المطلب و انما المهم بيان مدرك الشيخ القائل بالتوقف مطلقا أو فى الجمله و بيان مدرك المشهور القائلون بعدم التوقف، بل التزموا بحصول الملكيه من حين العقد.

الظاهر أنه لا شبهه فى دلاله عمومات صحه العقود و المعاملات، و لزومها على كون الملكيه حاصله من الأول لا أنها متوقفه على شى ء، فان الظاهر من قوله تعالى أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ، أن ما ينتقل الى كل من المتبايعين بوسيله البيع يجوز له التصرف فيه بخلاف ما كان فيه الربا، فإنه لا يجوز فان معنى حليه البيع ملازم لحليه ما يحصل النقل و الانتقال بواسطه البيع و كك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۰۶

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، خصوصا قوله تعالى لٰا تَأْكُلُوا أَمْوٰالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبٰاطِلِ إِلّٰا أَنْ تَكُونَ تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ. فإن

الأكـل ليس هو الازدراد، بـل هو كنـايه عن التملـك فمحصل الآيه أنه لا تتملكوا أموالكم بالباطل، و لكن تتملكوا بالتجاره عن تراض، فاللّه تبارك و تعالى قد حصـر أسباب التملك المشروع بمقتضى النفى و الإثبات بالتجاره عن تراض و جعلها سببا وحيدا لـذلك مقابـل التملك الباطل، فمقتضـى ذلك أن الملكيه حاصـله من حين العقـد لصـدق التجاره عن تراض على البيع من حين العقـد، و قـد فرضـنا أن التجـاره عن تراض هو السـبب الوحيـد لحصول الملكيه فتحصل الملكيه فى البيع من حين العقـد من غير توقف على انقضاء زمان الخيار، بل هـذا هو الذى قامت عليه السـيره بين الناس فإنهم يعاملون مع المثمن معامله الملكيه من حين العقـد من غير توقف فى ذلك على شـى ء و من الواضح أن الشارع قد أمضـى ما هو المتعارف بين الناس من المعاملات و ليس له فى ذلـك طريق خـاص غـايه الأـمر قـد منع عن بعض المصـاديق تخطئه للعرف كما أضاف إليها بعض الشـروط لـذلك و مع الشك فى مورد أنه اعتبر الشارع هنا شـرطا أو لم يعتبر فيتمسك بالإطلاقات و العمومات الداله على صحه المعاملات و نفوذها و يحكم بحصول الأثر من الأول و عـدم توقفه على شـى ء آخر، بل هـذا هو مقتضـى ما إنشاءه المتعاملان فان غرضـهما جعل البيع سببا للملكيه و هو يقتضى حصولها من حين العقد الّا دل دليل خارجى على توقفها على شى ء آخر كما فى بيع الصرف و السلم، فان الدليل الخاص دل على توقف حصول الملكيه بالتقابض فى المجلس و عدم حصولها بمجرّد البيع كما هو واضح.

ثم انه لا يكفى مجرد وجود هذه العمومات و الإطلاقات فى بطلان مسلك الشيخ، بل لا بدّ

و أن يلاحظ أن هنا روايه تدل على مسلكه أولا و على تقدير وجود الروايه على ذلك فهل هنا روايه أخرى تدل على مسلك

المشهور و روايه آخر تدل على مسلك الشيخ مع تماميه ميزان الحجيه فيهما فيقع المعارضه فاما يحكم بالتساقط فيرجع الى عمومات الكتاب و إطلاقاتها أو يؤخذ ما هو موافق للكتاب و هو ما دل على عدم توقف حصول الملكيه على انقضاء زمان الخيار فيثبت بذلك أيضا قول المشهور و اذن فلا بدّ من صرف عنان الكلام الى ما استدل به على كل واحد من القولين.

و قد استدل على القول المشهور و هو عدم توقف حصول الملک على انقضاء زمان الخيار بوجوه

اشاره

مضافا الى اقتضاء العمومات ذلک.

الأول: الاخبار الوارده فى خيار المجلس

كقولهم عليهم السلام:

البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع، حيث ان الظاهر من لفظ الخيار الوارد فيها هو كون البيّع مخيرا فى فسخ العقد و عدمه بحيث قد فرض هنا بيع ثم حكم بثبوت الخيار له، و من الواضح جدا أن البيع انما يصدق على المتعامل بعد حصول الملكيه فالمتحصل من الروايه بقرينه إطلاق البيع على المتبايعين هو حصول الملكيه فى زمن الخيار إذ ما لم تتحقق الملكيه لم يتحقق البيع و إذا لم يتحقق البيع لا يصدق البيّعان على المتعاملين فحيث أطلق البيعان عليهما فنكشف من ذلك حصول الملكيه فى زمان الخيار كما لا يخفى.

و من هنا اتضح أنه لا يتوقف الاستدلال بهذه الروايات على المقصود على كون الخيار بمعنى الاختيار فى استرجاع العين و كون المتبايعين مخيرين فى بيع العوضين من شخص آخر مثلا، و إبقائها كذلک فإنه على هذا استكشف حصول الملكيه من الأول، و وجه الفساد انک قد عرفت وجه الاستدلال مع تعلق الخيار بالعقد.

و توهم أن إطلاق البيع باعتبار حصول صوره البيع و إيجادهما ما يكون مستعدا لذلک، أى لحصول النقل و الانتقال و الملكيه بعد ذلک كما فى

الفضولى توهم فاسد فإنه خلاف الظاهر من الإطلاق و من هنا نفى البيع فى بيع الصرف و السلم قبل القبض الذى لم تحصل الملكيه مع أن صوره البيع قد حصلت كما لا يخفى، فلا بأس بدلالتها على المقصود، فافهم.

الثانی: الأخبار الوارده فی جواز النظر إلی الجاریه و تقبیلها،

بل وطیها فی زمان الخیار بعد شرائها بحیث لم یجز ذلک قبل الشراء فیدل ذلک علی حصول الملکیه فی زمان الخیار فإنه لو لم تحصل الملکیه فی ذلک الزمان لکان زمان الخیار و قبله

سیان فی ذلک، فلم یجز التصرف فی زمان الخیار أیضا کما لا یجوز التصرف قبل زمان الخیار أیضا.

و ناقش المصنف فی دلاله هذه الأخبار بأنه یمکن أن یکون التصرفات الواقعه علی الجاریه بعد العقد فی زمان الخیار إمضاء للعقد و إسقاطا للخیار کما یتحقق الرجوع بنفس الوطی فی زمان العده فی المطلقه الرجعیه فإنه إذا طلق الرجل زوجته ثم وطئها فی العده بغیر أن یرجع إلیها یکون رجوعا إلیها و ان لم یقصد الرجوع بذلک، بل کان قاصدا عدمه کما هو واضح.

و لکنه توهم فاسد بداهه ان فی المطلقه الرجعیه ان علقه الزوجیه لم تنقطع بعد الطلاق و من هنا اشتهر فی السنه الفقهاء أن المطلقه رجعیه زوجه و علیه فلو وطئها الزوج انما وطئ زوجته حقیقه من غیر أن تکون الزوجیه حاصله بنفس الوطی و انما الوطی یکون دلیل علی الرجوع و رافعا لأثر الطلاق فقط، سواء قصد به الرجوع أم لا، بل الأمر کک حتی لو قصد عدم الرجوع، بل قصد الزناء أیضا کأن کان جاهلا لحصول الرجوع بذلک الوطی و قصد الزناء فإنه لا یکون الّا تجرّیا محضا و أما الحرام فلا بداهه أن الوطی انما صدر من اهله و وقع فی محله فیکون رافعا لأثر الطلاق لما أنه یوجد الزوجیه أیضا بحیث کانت الزوجیه منتفیه (فأوجب) الوطی رجوعها، بل الزوجیه کانت ثابته فالوطی أوجب رفع أثر الطلاق فقط، کما هو واضح، هذا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۵۰۹

بخلاف المقام، فإنه علی القول بعدم حصول الملکیه فی زمن الخیار یکون التصرف واقعا فی ملک الغیر فیکون حراما و قد حکم الامام علیه السلام بحلیه ذلک، فیکشف من ذلک أن الملکیه قد

حصل فى زمان الخيار و الحليه مستنده إليها.

الّا أن يقال بما أشرنا إليه سابقا من كون الملكيه حاصله فى زمان التصرف و لم نعتبر التقدم الرتبى فى جواز التصرف و نقول بذلك فى كفايه جواز التصرف فى ملك اليمين و نقول بان المستفاد من قوله تعالى أَوْ مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُهُمْ هو كون المملوك مملوكا للمتصرف فى زمان التصرف و ان حصلت الملكيه فى زمان التصرف و لم تكن متقدمه عليه رتبه و ح يجوز التصرف فى الأمه فى زمان الخيار بما لا يجوز لغير المالك إذا قصد المتصرف لتصرفه، هذا إمضاء العقد كما هو ليس ببعيد، بان نقول بكفايه حصول الملكيه فى زمان التصرف فى جوازه و لكنه لم نلتزم الفقهاء بذلك، فالظاهر أن من حكم بجواز التصرف فيها بالأمور المذكوره انما هو من جهه حصول الملكيه بالعقد فى زمان الخيار كما هو واضح، فإذا فتدل الروايه على مسلك المشهور.

الّا أن يقال أن غايه ما يستفاد من هذه الروايات هو حصول الملكيه للمشترى فى زمن خيار الحيوان، لأن المفروض أنه اشترى جاريه و تصرف فيها ما لا يجوز لغير المالك و أن جوازه يكشف عن حصول الملكيه له بالعقد و لكن الشيخ لم يلتزم فى فرض وجود الخيار للمشترى بخلاف مقاله المشهور و اذن فالروايه غريبه عن ما نحن فيه كما هو واضح.

الثالث: ما تقدم فى أدله بيع الخيار أى البيع المشروط برد الثمن

المسمى فى العرف بالبيع شرط و البيع الخيارى و بيع الخيار فان فى هذه الروايه ما يدل على أن نماء المبيع فى زمن الخيار للمشترى و تلفه أيضا عليه فيكشف من ذلك أن المبيع ملك للمشترى من زمان العقد، و الّا لم يكن وجه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۱۰

لكون الملك

للبائع و النماء للمشترى فإن النماء تابع للملكيه.

و قـد أورد عليه المصنف (ره) بوجهين:- الأول: أنه يمكن أن يكون هـذه الروايات غريبه عما نحن فيه أعنى البيع بشـرط الخيار ليكون مـا ذكر فيهـا من كون النمـاء ملكـا للمشترى شاهـدا على حصول الملكيه فى زمـان الخيـار، بـل انمـا هو من قبيـل اشتراط الانفسـاخ فى البيع برد الثمن بـأن ينفسـخ بنفسه متى رد البـائع الثمن من غير احتياج الى الفسـخ فلا يكون هـذه الروايات مربوطه بالمقام.

و فيه أنه بعيد عن مساق هذه الروايات غايته كما أشار إليه المصنف و خلاف الظاهر منها، بل اشتراط انفساخ العقد بلا سبب أمر غير مشروع فى الشريعه فإنه لم يثبت جواز ذلك فى نفسه فلا يكون ما هو غير مشروع مشروعا بالاشتراط كما هو واضح.

الوجه الثـانى: مـا ذكره من أنه يمكن أن يكون هـذه الروايـات خـارجه عن مورد كلامنـا فـان محل الكلام انما هو عـدم حصول الملكيه فى زمـان الخيـار و عليه فلو كـان النمـاء فى هـذه المـده لمن انتقـل اليه العين كـان للتمسـك بهـذه الروايات على إثبات حصول الملكيه فى زمـان الخيـار وجه و لكن الأمر ليس كـذلك فان النماءات انما حصـلت فى زمان لزوم العقـد فان الخيار انما يحصل للبائع بعد رد الثمن لا قبله فلا منشأ لهذه التوهم أصلا إذ ما يتوهم كونه كاشفا عن حصول الملكيه به لم يكن حاصلا فى زمان الخيار، بل فى زمان لزوم العقد كما هو واضح.

و فيه أولا ان إطلاق الروايه يشـمل صوره كون الخيار بشـرط رد الثمن من أول العقـد أيضا و ثانيا أنه لم يعلم من مذهب الشـيخ القائل بتوقف حصول الملكيه على انقضاء زمان الخيار إخراج الخيارات المنفصله عن

مورد الکلام، بل ما ذکره أعم من خیاری المنفصل و المتصل أیضا، فهذه الروایات

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۵۱۱

أیضا لا بأس بدلالتها علی حصول الملکیه فی زمن الخیار.

الوجه الرابع: الأخبار الوارده فی خیار الحیوان

الداله علی ثبوت الخیار للمشتری فی ضمن ثلاثه أیام، کقوله علیه السلام صاحب الحیوان المشتری، بالفتح أو الکسر، بالخیار إلی ثلاثه أیام، حیث ان الظاهر من إطلاق صاحب علی المشتری ظاهر فی أن الملکیه إنما حصلت فی زمان الخیار و الّا لم یصح إطلاق الصاحب علیه، و توهم أنه باعتبار أنه سیصیر صاحبا خلاف الظاهر من الروایه جدا فالروایه ظاهره الدلاله علی المقصود.

اللهم الّا أن یقال بأن غایه ما یدلّ هذه الروایات هو أن الملکیه حاصله للمشتری فی زمان خیاره، و الشیخ لا ینکر ذلک، و انما لم یلتزم الشیخ بعدم حصول الملکیه فی زمان الخیار إذا کان الخیار للبائع فقط أو للبائع و المشتری معا، فإنه یلتزم بعدم حصول الملکیه لذی الخیار و غیره إذا الملکیه إذا حصلت، حصلت للطرفین فلا معنی لحصولها لغیر ذی الخیار و عدم حصولها لذی الخیار فان البیع تبدیل مال بمال و اذن فالروایه أجنبیه عن المقام.

الوجه الخامس: الأخبار الوارده فی العینه

و هی أن یشتری الإنسان شیئا نسیه ثم یبیعه بأقل منه فی ذلک المجلس نقدا، فان الظاهر من جمله منها ان البیع انما یکون فی مجلس الاشتراء و بضمیمه صحیحه یسار بن یسار یتم المطلوب و هو حصول الملکیه فی زمن الخیار، و هی أنه سئل عن الرجل یبیع و یشتریه عن صاحبه الذی یبیعه منه، قال: نعم لا بأس به، قلت:

اشتری متاعی، فقال علیه السلام: لیس هو متاعک و لا بقرک و لا غنمک، فان ظاهر الذیل، بل صریحها و هو قوله علیه السلام لیس هو متاعک و لا غنمک أن المبیع قد انتقل إلی المشتری و لم یبقی فی ملک البائع و قد عرفت عن جمله منها أن البیع الثانی

قد وقع فى مجلس البيع الأول، و المفروض أن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۱۲

هـذا الزمان زمان خيار المجلس فتدل الروايه على ان الملكيه قد حصـلت فى زمان خيار المجلس فإذا حصـلت الملكيه للمشترى حصـلت ملكيه الثمن للبـائع أيضا، لأن البيع مبادله مال بمال، بل يمكن التمسک لإثبات أن الملكيه قـد حصـلت فى زمان الخيار بإطلاق الصحيحه مع قطع النظر عن ضميمه الطائفه الأولى كما لا يخفى.

و قـد أشـكل المصـنف على الروايه بعـدم دلالتها على حصول الملكيه فى زمان الخيار، إذ البيع عند القائل بالتوقف جائز، و لكن يكون لازما بالتواطى كما صـرح الشيخ فى المبسوط فتحصل الملكيه قبل البيع الثانى و بهذا دفع الاشكال، و قد تقدم نظيره سابقا من أن الملك إذا حصل بنفس البيع الاشـكال و قـد تقـدم نظيره سابقا من أن الملك إذا حصل بنفس البيع الثانى مع أنه موقوف على الملك للزم الـدور و قد كان هذا الاشـكال واردا على من صـحّح البيع الذى يتحقق به الفسخ، و على هذا حمل قول السائل اشترى غنمى على ركوز مذهب الشيخ فى أذهانهم فأجاب الإمام عليه السلام بأنه ليس غنمک لكون التواطى مسقطا للخيار.

و فيه أن مجرد التواطى على البيع مع عدم التصريح به لا يكون موجبا للزومه كما أن التبانى على الخيار لا يوجب أن يكون العقد خياريـا و السر فى ذلـک أن إسـقاط الخيـار أو الفسـخ من الأـمور التى يحتـاج إلى الإنشـاء و الإظهـار على مـا تقـدم فى مبحث الخيـارات فلاـ تحقق بمجرّد القصـد و البناء ما لم يبرزه فى الخارج بمرز و قول السائل اشترى غنمى ليس من جهه ركوز مـذهب الشيخ فى أذهانهم إذ لا سبيل لنا

الی هـذه الـدعوی، بل سـئواله هـذا من جهه اسـتغرابه من صـحه شـرائه باعه قبل هـذا الزمان بقلیل لأن الغرض أن البیع الثانی قد تحقق فی مجلس البیع الأول و مع تسـلیم أن مسلک الشیخ کان مرکوزا فی أذهانهم من أین یعلم أنه کان صحیحا و مسلما حتی عند الامام علیه السلام بحیث کان جواب الامام علیه السلام مبتیا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۵۱۳

علی کون التواطی علی البیع السابق موجبا لسـقوط الخیار و یصـیر البیع به لازما کما هو واضـح و کیف کان فظهور هذه الأخبار فی إثبات مسلک الشیخ واضح جدا.

الوجه السادس: صحیحه محمد بن مسلم

عن رجل أتاه فقال اتبع لی متاعا لعلی أشتریه منک بنقد أو نسـیئه فاتباعه الرجل من اجله قال لیس به بأس إنما یشتریه منه بعد ما یملکه فـإن إطلاـق قوله علیه السـلام لیس له بـأس إنمـا یشتریه منه بعـد مـا یملکه شامـل لحصول الملکیه عن زمان العقـد و من الواضـح أن حصولهـا من زمـان العقـد یقتضـی حصولهـا فی زمان خیار المجلس أیضا کما هو واضـح، و اذن فتـدل الروایه علی مسلک المشهور.

و لکن یرد علی هذا الاستدلال ان هذه الروایه ناظره الی أن هذه المعامله لیست من قبیل بیع ما لیس عنده لاستیجاب العقد الأول کما ذکره المصـنف فی المتن فقوله ما یملکه إشاره الی هذا الاستیجاب فلیست الروایه ناظره إلی حصول الملکیه من حین العقد و عدمه إذ لیس تلک الجهه موردا للسؤال أصـلا، و قد ورد فی جمله من الروایات لا توجب البیع قبل أن تسـتوجبه و فی بعضـها أنه قال علیه السلام أ لیس ان شاء فعل و ان شاء ترک، یعنی أن الأمر إذا کان ککک بحیث أن

من وعد لأحد أن يشترى شيئا و هو أيضا يشترى منه بنقد أو نسيئه أ ليس له أن يشترى بعد اشترا من كان بينهما تبان و تعاهد أو ترك ذلك و لم يشترى فإن كان ككك فلا بأس لأنه ليس إيجابا قبل الاستيجاب، بل وعد محض و الّا ان كان مجبورا فى قبوله لتحقق البيع فى عقيدتهم فهو باطل لكونه إيجابا قبل الاستيجاب على أن وقوع الثانى فى مجلس البيع الأول نادر جدا فان الغالب، أن المشترى بعد استيجاب البيع الأول يتفرق من مجلس العقد و يذهب الى صاحبه لإنشاء البيع الثانى، بل على هذا سيره التجار فإنهم لا يبيعون

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۱۴

ما يشترون عند البائع، بل يخفون أمر المعامله الثانيه و على هذا فلا يبقى هنا خيار المجلس حتى يكون قوله عليه السلام ما يملكه دليلا على حصول الملكيه فى زمان الخيار كما هو واضح، ليكون التملك بنفس العقد فافهم.

و قد استدل على قول الشيخ بالروايات الداله على أن تلف المبيع فى ضمن ثلاثه أيام فى خيار الحيوان أو شرط أيام معدوده من مال البائع كصحيحه ابن سنان عن الرجل يشترى العبد أو الدابه بشرط الى يوم أو يومين، فيموت العبد أو الدابه أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك؟

فقال على البائع، حتى ينقض الشرط ثلاثه أيام و يصير المبيع للمشترى شرط له البائع أو لم يشترط، قال و ان كان بينهما شرط أيام معدوده فهلك فى يد المشترى فهو من مال البائع حيث استدلوا بهذه الروايه على أن المبيع فى زمان الخيار فى ملك مالكه الأول فهو البائع، و لذا يكون تلفه على البائع و انما تحصل الملكيه

بعد مضى زمان الخيار و لذا قال عليه السلام حتى ينقضى ثلاثه أيام و يصير المبيع للمشترى.

أقول: الظاهر أنه لا ينكر ظهور الروايه فى قول الشيخ و ان التزم هو (ره) فى الخيار المختص بالمشترى حصول الملكيه بالعقد من حينه، و لكن حيث عرفت ظهور الروايات المتقدمه، بل صراحه بعضها فى حصول الملكيه بالعقد فيمكن حمل هذه الصحيحه على أن لزوم الملكيه و استقرارها انما هو من زمان انقضاء الخيار لا أصل تحققها، و يكون المراد من قوله عليه السلام و يصير المبيع له أن يثبت و يجب كما ورد فى أخبار خيار المجلس البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع أى يكون لازما و ثابتا، فان المراد من الكون و الثبوت و اللزوم و الصيروره المبيع للمشترى هو التحقق و الاستقرار و الثبوت لا الحدوث بعد ما لم يكن.

و على الجمله فالروايه قابله للحمل على هذا المعنى بعد كون ظهور

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۱۵

الروايات المتقدمه فى حصول الملكيه من حين العقد أقوى، و مع الإغماض عن ذلك فيقع التعارض و التكافؤ بين الروايات المتقدمه الظاهره فى حصول الملكيه من زمان العقد و بين صحيحه ابن سنان الظاهر فى حصولها من حين انقضاء الخيار، فذكر المصنف أن فى فرض المعارضه بينهما يرجع الى أصاله عدم حصول الملكيه من حين العقد، و لكن التعارض منتف فى المقام بداهه أن الطائفه الأولى معروفه و مشهوره، فلا بدّ من الأخذ بها و رفع اليد عن الصحيحه لكونها غير معروفه فتكون الشهره المؤيده بالإجماع موجبا لترجيح تلك الطائفه الاولى و رفع اليد عن الصحيحه و ان كانت صحيحه.

أقول: كأن نظر المصنف من ترجيح الأولى

من الروايـات إلى الشـهره الفتوائيه و الّا فكلتـا الطـائفتين من حيث الناقل و الراوى فى مرتبه واحـده فإن كليتهما خبر واحـد، نعم المشـهور من الفقهـاء ذهبوا الى حصول الملكيه من زمـان العقـد، فتكون الشـهره فتوائيه، فبناء على كون اعراض المشـهور موجبا لوهن الخبر الصـحيح تكون هذه الشـهره موجبه لوهن الصحيحه و ترجيح لطائفه الاولى و لكن الأمر ليس كذلك، إذا المراد من الشـهره الموجبه لترجيح فى مقام التكافؤ هو الشـهره فى الروايه بمعنى كون الروايه فى نفسـها ظاهره و بارزه كما ذكره المصنف فى الرسائل و استدل على ذلك بالإطلاقات العرفيه و اللغويه فيقال سيف شاهر أى ظاهر، و مقابل هذه الشهره هو النادر و الخفى أى تكون الروايه الأخرى فى مقلبها نادره و شاذه و هذا المعنى غير مربوط بالشهره الفتوائيه كما هو واضح.

و اذن فلا بد من معامله المعارضه بينهما بعد الإغماض عن الحمل المذكور فلا يكون هذه الشهره رافعه للمعارضه بكونها موجبه لترجيـح الطائفه الاولى و مع التكافؤ فلا بـدّ من الرجوع الى العمومات الداله على حصول الملكيه من الأول كما ذكرناه قبل ذكر أدله الطرفين و عليه فلا وجه لرجوع إلى أصاله

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۱۶

عدم حصول الملكيه من زمان العقد كما ذكر المصنف (ره).

و على الجمله مقتضى القاعده هو الأخذ بقول المشهور كما هو واضح لا يخفى، فافهم.

لا يقال ان غرض المصـنف من دعوى كون الطائفه الأولى متقدمه على التائيه لأجل الشـهره و ان غرضه هو الشـهره فى الفتوى و لكن مبنى المصـنف أن الشـهره الفتوائيه إذا قامت على خلاف الخبر الصحيح يكون موجبا لضعفه و وهنه و اذن فتكون الروايات الداله على حصول الملكيه من حين

العقد متعينه و هذا لا ينافى لكون الشهره الموجبه لترجيح احدى الروايتين المتكافئتين هى الشهره فى الروايه دون الفتوى.

فإنه يقال نعم و لكنه على هذا لا تصل النوبه إلى التكافؤ أصلا، بل يكون ما هو موافق للشهره حجه و ما هو مخالف لها غير حجه لإعراض المشهور عنها، و قد فرض المصنف التكافؤ ثم رجح الطائفه الأولى بالشهره فى الفتوى كما لا يخفى.

و التحقيق أن يقال انه بناء على الإغماض عن الحمل المذكور فلا بدّ من ترجيح ما هو المدرك للمشهور بعد فرض التكافؤ فإنها موافقه لعموم الكتاب و إطلاقه الداله على حصول الملكيه من الأول كما هو واضح.

ثم استدل على كل من قولى المشهور و الشيخ بالنبوى المشهور الخراج بالضمان أما الاستدلال على قول المشهور فبتقريب أن المبيع فى زمان الخيار المشترک أو المختص بالبائع فى ضمان المشترى و خراجه له و بقاعده التلازم بين ملک المنفعه و ملک العين يثبت حصول الملک بنفس العقد.

و بعباره أخرى أن يكون الضمان للمشترى فى زمن الخيار يكشف كون المنفعه له كشفا لميّا و يكون المنفعه له يكشف كون العين داخله فى ملكه بالعقد كشفا إنيّا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۱۷

و فيه أولا- أنه لم يعلم من القائلين بالتوقف كالشيخ و من تبعه التزامهم بكون التلف فى زمان خيار المشترى له و ضمانه عليه، و الذى هو المبدء لهذا الاستدلال هو إثبات ضمانه فى زمن الخيار للمشترى و هو ممنوع.

و ثانيا على القول بالضمان أن الملازمه بين ضمان العين و ملک المنافع انما يتم بناء على ما ذكره أبى حنيفه من القول بكون الخراج لمن عليه الضمان و ان كان ذلک الضمان بالغصب حيث ذكر فى

الدابه المغصوبه أن الضمان للغاصب و المنافع أيضا له و لكنه على هذا المبنى أيضا لا يكون ملك المنافع كاشفا عن ملك العين أنّا قد ذكرنا فى المقبوض بالعقد الفاسد، فساد هذا المبنى، و قلنا ان المراد من النبوى الخراج بالضمان هو الضمان المعاملى لا مطلق الضمان، يعنى أن من ضمن الشى ء بالمعامله بحيث لو تلف لكان التلف من كيسه، فالمنافع أيضا له، و من المعلوم أن الضمان المعاملى فى المقام معدوم بناء على مسلك الشيخ لعدم تحققها فى الحقيقه الملك الى انقضاء زمان الخيار، فكيف يحكم بالضمان غايه الأمر يكون المقام من قبيل الضمان فى المقبوض بالسوم كما هو واضح، فلا دلاله فى الحديث على مسلك المشهور.

و ثالثا: قد عرفت أنه ليس المعروف من مسلك الشيخ أن تكون الملكيه متوقفه على انقضاء الخيار فى كون الخيار للمشترى أيضا، بل التزم فى هذا الفرض بعدم التوقف و اذن فلا- يكشف من حصول الملكيه من زمان العقد فى فرض كون الخيار للمشترى بالحديث حصولها بنفس العقد مطلقا كما هو واضح.

و على الجمله فلم يتم الاستدلال بالنبوى على قول المشهور.

و أما الاستدلال به على قول الشيخ فان مقتضى النبوى الخراج بالضمان هو أن المنافع بإزاء الضمان و ينعكس بعكس النقيض الى أن من ليس

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۱۸

ضامنا ليس الخراج له، و بضميمه قاعده التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له ينتج عدم حصول الملك فى زمان الخيار، فان كون التلف على البائع فى زمان خيار المشترى يقتضى أن يكون منافع المبيع للبائع لأن الخراج بالضمان و مقتضى كون المنافع له أن يكون المبيع أيضا فى ملكه، و اذن فلم تحصل الملكيه للمشترى

فى زمان الخيار، و هكذا العكس بأن كان الخيار للبائع دون المشترى كما هو واضح.

و لكن يرد عليه أنه مضافا الى اعتراف الشيخ بحصول الملكيه للمشترى فى زمان خياره و مقتضى النبوى هو عدم الحصول أنك قد عرفت أن المراد من النبوى هو الضمان المعاملى دون مطلق الضمان بمعنى أن المستفاد منه أن الضمان العقدى فى مقابل الضمان الغصبى يقتضى كون المنافع للضامن و ح فالضمان فى المقام و إذا كان حاصلا لمن لا ـ خيار له و ليس المقام مثل الاستدلال السابق حتى نمنع عدم الضمان و لكن هذا الضمان ليس بضمان معاملى إذ المنافع لذى الخيار و لا ضمان غصب، بل هو ثابت بالتعبد، و عليه فكون التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له يكون خارجا عن القاعده بالنص، فان مقتضى القاعده كون تلف كل مال على مالكه، فهذا الضمان لا ضمان غصب و لا ضمان معاملى، بل ضمان تعبدى، و كك كون التلف قبل القبض من مال البائع أيضا خارج عن القاعده بالنص فان مقتضى القاعده هو كون تلف كل مال على مالكه و انما التخلف هنا بواسطه النص فالضمان هنا تعبدى كما هو واضح.

و على الجمله كون التلف فى زمن الخيار ممن لا ـ خيار له و كك كون التلف قبل القبض من مال البائع إنما خرج عن القاعده الكليه أعنى كون تلف كل مال على مالكه بواسطه النص فالضمان فيها لا معاملى و لا غصبى، بل هو تعبدى، فلا يكشف من هذا الضمان أن الملكيه لم تحصل قبل القبض أو فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۱۹

زمان الخيار كما هو واضح، بل الضمان حاصل و لكنه ضمان تعبدى بخلافه فى

الاستدلال بالنبوى على القول المشهور فان الضمان أيضا هناك لم يكن حاصلا.

و على الجمله فلا دلاله فى النبوى على قول الشيخ أيضا و يضاف الى جميع ذلك أى الأجوبه المذكوره عن الاستدلالين أن النبوى ضعيف السند و غير منجبر بشى ء و لم ينقل فى كتب الخاصه إلّا مرسلا فلا يكون حجه لنا فى شى ء أصلا.

قوله مسأله: و من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار فى الجمله،

اشاره

بمعنى انفساخ العقد بالتلف لا أن يكون على من لا خيار له إعطاء بدل المبيع كما هو واضح،

و يتضح هذه المسأله فى ضمن جهات:

الأولى: فى بيان أن هذا الحكم تختص بخيارى الحيوان و الشرط أو يجرى فى غيرهما من الخيارات

كما ذهب اليه صاحب الرياض و غيره مدعيا له الاتفاق.

و بعباره أخرى بعد ما قلنا بكون التلف بعد القبض فى زمن الخيار من مال لا خيار له فى خيارى الشرط و الحيوان يقع الكلام فى أن هذا الحكم من مختصات هذين الخيارين أم لا؟ بل يجرى فى غيرهما من الخيارات أيضا فنقول: أما ثبوت ذلك الحكم فى الخيارين المذكورين أعنى خيارى الشرط و الحيوان فممّا لا شبهه فيه لروايه ابن سنان و ان كان بينهما شرط أيّاما معدوده فهلك فى يد المشترى فهو من مال بايعه حتى ينقضى شرطه، و يصير المبيع للمشترى و قد تقدم أن المراد من صيروره المبيع للمشترى كونه له مستقرا فإنه كان قبل انقضاء زمان الخيار له متزلزلا لا أنه لم يحصل الملك له أصلا على ما سلكه الشيخ الطوسى و قد تقدم الكلام فى ذلك مفصلا و كيف كان فلا شبهه فى صراحه هذه الروايه فى أن التلف فى زمان خيار الحيوان و الشرط ممن لا خيار له و ان كان ذلك أى التلف بعد القبض.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۲۰

و انما الكلام فى جريان هذا الحكم فى غيرهما من الخيارات، و قد استدل على كونه من أحكام جميع الخيارات بوجوه، منها الاتفاق، حيث انه قد ادعى صاحب الرياض و غيره كالمحقق آقا جمال فى حاشيه اللمعه الاتفاق على جريان ذلك فى غير خيارى الحيوان و الشرط من بقيه الخيارات.

و فيه أولا: أن وجود الاتفاق أعم من وجود الإجماع إذ يمكن أن يكون هنا اتفاق العلماء على مسأله و لا

يكون هنا إجماع تعبدى لوجود مخالف لم يصل الى مدعى الاتفاق فلا يلازم دعوى الاتفاق دعوى الإجماع التعبدى كما هو واضح.

و ثانيا: على تقدير أن يكون الاتفاق إجماعا فيمكن أن يكون مستنده الوجهان الإتيان فلا يكون هنا إجماع تعبدى أصلا كما هو واضح.

و ثالثا: ليس هنا اتفاق كيف فإنه خالف فى المسأله جمله من الأكابر كالمحقق و أمثاله كما هو لا يخفى.

الوجه الثانى: أنه قد ثبت ضمان المبيع على البائع و ضمان الثمن على المشترى قبل القبض فنشك فى ثبوت ذلك عليهما بعد القبض و فى زمن الخيار أى ثبوت الضمان على البائع فى زمان خيار المشترى و ثبوت الضمان على المشترى فى زمان خيار البائع و عدمه نستصحب ذلك حتى يصير العقد لازما.

و فيه أولا أن الاستصحاب لا يجرى فى الشبهات الحكميه على ما ذكرناه فى محله للمعارضه الدائميه.

و ثانيا: أنه تعليق فلا نقول بحجيه الاستصحاب التعليقى و فيه أن الاستصحاب التعليقى فيما إذا كان الحكم التعليقى ثابتا بعد الاستصحاب ففى المقام الحكم الثابت قبل القبض نستصحبه بعده.

و ثالثا: أن الموضوع غير باق فى حاله بداهه أن الضمان انما ثبت

قبل القبض و كلامنا بعد القبض و قد تبدل موضوع القضيه المتيقنه إلى موضوع آخر فلا اتحاد بين موضوعى قضيتين المشكوكه و المتيقنه فلا يجرى الاستصحاب مع تبدل الموضوع.

و رابعا: أن المقام من صغريات المسأله المتقدمه فى محلها من دوران الأمر بين العمل بالعام أو استصحاب حكم المخصّص و قد قلنا انه يتمسك بالعموم، فان مقتضى العمومات هو حصول المبادله بين المالين و صيروره كل منهما ملكا للآخر بحيث يكون تلف كل من مالكه الفعلى و قد خرج

من ذلـك العموم زمان قبل القبض فيبقى الباقى تحت العام كما هو مقتضـى العمل بالعمومات بحسب الأزمان كما هو واضـح، و قد تقدم ذلك مفصلا فى بعض المباحث السابقه.

و خامسا: أن الدليل أخصّ من المدعى، فإنه قد لا يكون ضـمان على البائع من أول الأمر حتى قبل القبض لكى يستصحب ذلك الضـمان بعـد القبض فى زمن الخيـار الى أن ينقض ذلك كما إذا كان المبيع عنـد المشترى قبل البيع و ح فلا ضـمان للبائع حتى يستصحب ذلك الى زمان لزوم العقد كما هو واضح.

و على الجمله فلا يمكن إثبات كون التلف فى زمن الخيار على من لا خيار له بمثل هـذه الوجوه، و اذن فلا بدّ من ملاحظه دليل أصل الحكم أعنى الروايه الوارده فى المقام ليلاحظ أنه هل تشـمل هـذه الروايه لغير خيارى الشـرط و الحيوان أم لا، فان قلنا بأن المراد من قوله عليه السـلام فى صـحيحه ابن سـنان حتى ينقضـى شـرطه أو الشـرط باللام خاليا عن الضمير و كذا المراد من قوله عليه السـلام فان كان بينهما شرط أياما معدوده ان كان المراد من كلمه الشرط فى هذه الروايه الطبيعه المطلقه الشامله لكل شرط سواء كان فى الحيوان أو فى غيره، و سواء كان مجعولا للمتعاقدين و ثابتا باشتراطهما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۲۲

أم لا كخيار المجلس و غيره و كذلك خيار الرؤيه و العيب و الغبن فلا شبهه فى صدق الشرط على جميع ذلك و عليه فمقتضى الروايه أن يكون التلف فى زمن أيّ خيـار من مـال من لا خيار له، و ان كان غير خيارى الحيوان و الشـرط و ان قلنا ان المراد من الشرط المذكور فى الروايه

هو العهـد بـأن يراد منه خصوص الشـرط فى خيـار الحيوان المجعول للشـارع أو خصوص الشـرط الثابت فى خيار الشـرط الثابت بجعـل المتعاقـدين فلاـ تشـمل الروايه لغير خيـارى الحيوان و الشـرط و لكن الظـاهر هو الثـانى، فإن الظاهر أن اللام فى قوله عليه السـلام حتى ينقض الشـرط إشـاره إلى الشـرط المعهود فى خيار الحيوان و هـذا ظاهر لو كانت النسـخه حتى ينقض شـرطه، فان الضمير يرجع الى الحيوان، و من هنا يتضح الحال من قوله عليه السلام ان كان بينهما شرط أياما فإنه و ان لم يكن مصحوبا باللام و لا ملحوقا بالضـمير الّا أن المراد منه هو الشـرط الذى الشرط باللام الداخل فيه أى الشرط المعهود كما تقدم فإنهما قد ورد فى روايه واحـده فيكون مـا هو المراد من مصـحوب اللام هو المراد من الخالى منه، و كيف كان فاراده الطبيعه منهما خلاف الظاهر من الروايه، فإن محط الكلام فى الروايه هو الشـرط فى بيع الحيوان و الشرط الذى جعل بجعل المتعاقدين على أنه مع الغض عن ذلـك أن قوله عليه السـلام ان كان بينهما شـرط أياما معـدوده ظاهر فى خيارى الحيوان، و الشـرط بحيث يكون المراد من القيد أعنى أياما معدوده هو القيد الاحترازى فلا نريد أن نتمسك بالمفهوم حتى يستشـكل فيه بعدم حجيه مفهوم الوصف بل نقول ان مقتضـى الظـاهر أن قيـد الأيام قيـد احرازى بمعنى ان الموضوع من الأول مضـيق بما إذا كان الشـرط أياما معـدوده بحيث يكون محدودا من الأخير فالحكم ثابت على هذا الموضوع المضـيق و لا شبهه أن الشرط أياما معدوده و محدودا من الآخر لا يكون إلا فى خيار الحيوان الذى إلى ثلاثه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص:

أيام و فى خيار الشرط فإنه أيضا يكون أياما بحسب الجعل و محدودا من الآخر.

و أما فى غيرهما و ان كان يمكن أن يكون أياما و لكنه لا يكون محدودا من الأخر ليكون أياما معدوده فإن الشرط فى غيرهما قد يكون قليلا و قد يكون كثيرا، كما إذا كان المتبايعين محبوسين فى مكان، فان خيار المجلس يبقى مده و قد يكون قليلا كما إذا تفرقا بعد دقيقه و كذا خيار العيب و الرويه و الغبن هذا إذا قلنا بأن الخيار فى موارد خيار الغبن و الرؤيه و العيب، انما ثبت من الأول حيث أنه يمكن أن يكون قليلا- و يمكن أن يكون كثيرا، الّا أنه غير محدود بحد و ليس ذلك مثل خيار الحيوان ليكون ثلاثه أيام دائما و محدودا و لا مثل خيار الشرط ليكون أياما عديده أيضا و محدودا و من هنا يعلم أنه لا تشمل الروايه لغرض قبل خيار الشرط لازما مده العمر لعدم كونه محدودا و أما إذا قلنا بان الخيار فى أمثال ذلك، انما ثبت من زمان ظهور العيب فقط فشمول الروايه لها أشكل حتى مع القول بعدم اختصاص الحكم بخيارى الحيوان و الشرط بداهه أن الظاهر من قوله عليه السلام حتى ينقضى الشرط، و يصير المبيع للمشترى، أن الحكم مختص بمورد لم يتصف العقد باللزوم بعد بحيث يكون لازما و يكون المبيع للمشترى ملكيه مستقره بعد زوال زمن الخيار و أما إذا كان العقد لازما فى زمان و يكون الخيار طارء عليه بعد اللزوم بحيث يكون الخيار خيارا منفصلا، فلا شبهه فى عدم شمول الروايه لهذه الصوره أصلا لعدم صدق قوله عليه السلام حتى يصير المبيع ملكا له

كما هو واضح لا يخفى، فافهم، لان المبيع قد صار ملكا لازما له قبل ذلك و ظاهر الروايه أنه لم يصير ذلك ملكا له ككك، بل انما يكون ككك بانقضاء زمن الخيار لما عرفت أن المراد من صيروره المبيع ملكا له ليس هو كونه ملكا له حقيقه من ذلك الزمان، بل المراد أن يكون ملكا له

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۲۴

لازما و الّا كان ملكا له متزلزلا بنفس العقد.

و الحاصل: أنك قد عرفت الكلام فى الجهه الاولى و ملخّصه أنه لا شبهه فى أن التلف فى زمان خيار الحيوان و الشرط من مال البائع للروايات الخاصه فتكون تلك الروايات موجبه لرفع اليد عن مقتضى القاعده و هو كون تلف كل مال على مالكه، و أما التعدى من خيار الحيوان و الشرط الى غيرهما فإنما هو من وجوه، و هى الاتفاق و الاستصحاب و الاستفاده من الروايه و شى ء من ذلك لم يتم دلالتها على المقصود و لا يمكن رفع اليد بها عن مقتضى القاعده و هو كون تلف مال كل مالك على مالكه هذا هى الجهه الأولى.

الجهه الثانيه: أنک قد عرفت الکلام فی کون التلف فی زمان خيار المشتری من مال البائع

و أن هذا الحكم مختص بخيارى الحيوان و الشرط و انما الكلام فى هذه الجهه فى أنه إذا كان الخيار للبائع و تلف المبيع فى زمان خياره، فهل يكون ذلك من المشترى أم لا؟

أقول: تاره يقع الكلام بعد قبض المشترى المبيع و أخرى قبله أما الكلام فى الأول فلا شبهه فى كون التلف من المشترى لكونه موافقا للقاعده، إذ المفروض أنه مملوك له فيكون تلفه على مالكه و ليس ذلك مثل الجهه الأولى بأن يكون التلف على غير المالك حتى نحتاج الى الدليل الذى يكون مخرجا

عن القاعده كما هو واضح، بل هو موافق للقاعده كما لا يخفى.

و أما إذا كان التلف قبل القبض ففى المقام تظهر الثمره فإن قلنا بشمول قاعده أن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له شامله لما قبل القبض أيضا فيكون التلف للمشترى مع أنه كان من البائع لكونه تلفا قبل القبض و ان قلنا بعدم الشمول كان التلف من البائع الظاهر أنه لا يكون من المشترى و أن القاعده لا تشمل لما قبل القبض و ذلك لأن الظاهر من الروايات الداله على هذه القاعده أى كون التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له أنها وارده

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۲۵

فى مقام توسعه ضمان البائع حيث ان ضمان المبيع على البائع قبل القبض فقد أثبتت هذه القاعده كونه على البائع بعد القبض أيضا توسعه لذلك و ح لا معنى للالتزام بكونها تخصيصا لقاعده أن التلف قبل القبض من مال البائع بان لا يكون له فى زمان خياره للمشترى، بل كانت القاعده حاكمه عليها و وارده فى مقام التوسعه القاعده الاولى، و عليه فلا مورد لهذه القاعده أصلا، أعنى قاعده كون التلف لمن لا- خيار له فيما لم يقبض البائع المبيع مع كون الخيار له فلا يكون هذه الصوره مشموله للروايات الداله على كون التلف فى زمن الخيار ممن لا- خيار له على ان المذكور فى الروايات هو البائع و لم يذكر المشترى فى شى ء منها بان يكون التلف من المشترى فى فرض كون الخيار للبائع كما هو واضح.

الجهه الثالثه: فى أن هذا الحكم مختص بالمبيع أو يشمل الثمن أيضا

بأن تلف الثمن فى زمان خيار البائع و عليه فإذا تلف الثمن فى بيع الخيار كان على البائع دون المشترى، و ذلك من جهه

أنا نعلم أن الضـمان الثابت هنا عباره عن ضـمان واحـد ثابت من أول العقـد الى انقضاء زمان الخيار و هو عدم كون عهده المبيع على ذى الخيار و كون عهدته على غيره، و من الواضح أن الثابت من حين العقد الى زمان القبض ليس الضـمان الّا انفساخ العقد بالتلف لا كون مثل المبيع أو قيمته على البائع فيكون معناه بعد القبض أيضا كك فقد حكم الامام عليه السـلام فى هذه الروايات باسـتمرار ذلك الضمان الثابت قبل القبض الى بعد القبض أيضا، و عليه فلا يكون هذه القاعده مخصّصه للضمان قبل القبض، بل حاكمه لها بمعنى توسـعه دائرتها فلو كان ضـمان المبيع على المشترى إذا تلف قبل القبض مع كون الخيار للبائع فلازمه أن يلتزم بضمان المثل أو القيمه و من هنا ظهر عدم شمول القاعده مورد خيار تأخير التسليم كما هو واضح، فافهم.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۲۶

و قـد عرفت أن مـا دل على تسـريه الحكم الى غير خيـار الحيوان و الشـرط انمـا هو بأحـد وجوه ثلاثه الاتفاق و الاستصـحاب و الاسـتفاده من الروايات و قـد عرفت الجواب عن جميع ذلك، و هل يمكن التمسك بشـى ء من تلك الوجوه هنا لتسـريه الحكم الى الثمن أم لا؟ و الظاهر أنه لا يصـح، أما دعوى الاتفاق فهى مجازفه لعـدم تصـريح أحـد بـذلك ممن يعتـد بقوله من الأكابر، فكيف يمكن دعوى الإجماع هنا و على تقدير ثبوته، فالجواب هو الجواب الذى تقدم فى الجهه الاولى.

و أمـا الاستصـحاب فيقرب بـأن الثمن قبـل أن يقبضه المشترى من البـائع كان ضـمانه على المشترى دون البائع، فإذا أقبضه منه و كان الخيار للبائع فانا نشك فى بقاء الضمان عليه، و عدمه

فنستصحب ضمان المشترى قبل الإقباض.

و لكن يرد عليه جميع ما ذكرناه فى الجهه الاولى من عدم كون الاستصحاب حجه فى الشبهات الحكميه و من تبدل الموضوع بداهه أن الضمان كان على المشترى قبل القبض، ففى المقام بعد القبض و من كون الدليل أخص من المدعى، فإنه قد لا يكون ضمان الثمن على المشترى من الأول فلا يكون هنا موضوع للاستصحاب و من أن مقتضى العمومات هو كون العقد ثابتا بعد التحقق فى جميع الأزمنه إلّا فيما كان التلف فى زمن خيار المشترى فى خيارى الشرط و الحيوان، فإنه يكون العقد ح منفسخا، ففى المقام لا دليل على الانفساخ لعدم الوجه لاستصحاب حكم المخصص.

و بعباره أخرى ان المقام من قبيل دوران الأمر بين الحكم بحكم العام و بين العمل بحكم المخصّص و قد ذكرنا مرارا هنا و فى الأصول أنه يتمسك بالعام فى غير زمان التخصيص دون استصحاب حكم المخصص كما هو واضح فما ذكره المصنف (ره) من التمسك بالاستصحاب ضمان المشترى قبل القبض

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۲۷

لا وجه له.

و قد بقى الكلام فى أن هذا الاستصحاب الذى يتوهم جريانه فى المقام و فى الجهه الأولى أيضا استصحاب تنجيزى أو استصحاب تعليقى، فنقول ان كان معنى الضمان هنا عباره عن كون مثل التالف أو قيمته ثابتا على عهده البائع الذى ليس له خيار، فالاستصحاب تنجيزى كما التزم به شيخنا الأستاذ مع كون مبناه أن الضمان بمعنى انفساخ العقد الذى مقتضاه أن يقول بكون الاستصحاب تعليقيّا الذى لا يقول بحجيته بداهه أن ضمان الثمن كان على المشترى قبل الإقباض و عهدته عليه و ثبوت المثل أو القيمه على تقدير التلف من أحكام ذلك، و

من آثار ثبوت العهده على المشترى لا ـ أن معنى الضمان عباره عن التعهد بالمثل أو القيمه على تقدير التلف لكى يقال ان الاستصحاب تعليقى بمعنى أنه لو تلف كان مثله أو قيمته على المشترى فان هذا الحكم كان ثابتا قبل القبض فنستصحب بعد القبض أيضا، و على هذا فالاستصحاب تنجيزى و لكنه لا يجرى فى المقام لأنه من القسم الثالث للاستصحاب الكلى لأن ثبوت العهده على المشترى قبل الإقباض موجود حيث لم يقبض الثمن، و أما بعده فنشك فى حدوث سبب آخر للضمان و فرد آخر يوجب ثبوت العهده على المشترى مقارنا لذهاب الفرد الأول من سبب الضمان و هو كون المال تحت يده قبل القبض فلا يجرى الاستصحاب فى ذلك.

و بعباره اخرى أن الضمان قبل القبض انما هو من جهه الشرط الضمنى فيرتفع موضوعه بالتسليم و ثبوته بعده انما هو سبب آخر مشكوك الحدوث فالمستصحب داخل فى القسم الثالث من استصحاب الكلى فلا يجرى الاستصحاب فى مثل ذلك، و أما إذا كان الضمان هنا بمعنى انفساخ العقد كما عليه المصنف و أن المبيع أو الثمن يدخل فى ملك الضامن آنا ما فيتلف

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۲۸

من ملكه فيكون الاستصحاب تعليقيا لأن الانفساخ انما يثبت و يتحقق بعد التلف فالانفساخ على تقدير التلف حكم تعليقى فاستصحابه بعد التلف يتوقف على جريان الاستصحاب التعليقى، فلا نقول به كما لا يقول به شيخنا الأستاذ فيكون هذا اشكالا آخر للتمسك بالاستصحاب هنا و فى الجهه الأولى كما لا يخفى سيأتى الكلام فيه إنشاء اللّه تعالى.

و أما استفاده حكم ذلك من الأخبار سواء قلنا بالتعدى عن خيار الحيوان و الشرط أم لم نقل بذلك، فلا يمكن

ذلک لأن المـذکور فی الروایات انما هو تلف المبیع دون الثمن فیکون فرض تلفه خارجا عن حدود الروایات کما هو واضح، الّا أن تمسـک بها من جهه تنقیـح المناط بـدعوی أن المناط فی کون تلف المبیع علی البائع فی زمان الخیار انما هو تزلزل العقـد و هـذا المناط موجود فی صوره کون التالف هو الثمن فی زمان خیار البائع فیکون تلفه علی المشتری و لکنه واضح البطلان لکونه مبنیا علی جواز العمل بالقیاس و الاسـتحسان و نحن لا نقول به فلا یمکن تعـدیه الحکم الی الثمن سواء قلنا بتعدیته الی غیر خیار الحیوان و الشـرط أم لاـ؟ و من هنـا ظهر أنه لاـ وجه لتوهم کون التلف ممّن علیه الخیـار فی بیع الخیار بان باع داره بثمن و جعل لنفسه الخیار إلی سنه ثم تلف الثمن فی ذلک زمان فإنه لا یکون علی البائع.

الجهه الرابعه: فی أن المراد من الضمان الذی نبحث فی ذلک أی شی ء

هل المراد منه ثبوت عهـده المبیع علی البائع بالمثل و القیمه أو المراد من ذلک انفساخ العقد، و الذی یظهر من الشـهید و اختاره شیخنـا الأسـتاذ هو الأول، و لکن المشـهور المعروف بل المتسالم علیه هو الثانی کما اختاره فی المتن و الوجه فی ذلک أمران:- الأول: أن الظاهر من الضمان الذی ثبت فی المقام هو ضمان واحد

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۵۲۹

ثابت من أول العقد و ابتدائه إلی انتهاء خیار الحیوان و الشـرط أو خیار آخر أیضا بناء علی التعدی من خیاری الحیوان و الشـرط الی غیرهما.

و لا شبهه أن الضمان الثابت قبل القبض لیس الا هو انفساخ العقد علی تقدیر التلف و لم یتوهم أحد کون الضمان هنا هو التعهد بالمثل أو القیمه، بل معناه هو انفساخ

العقـد و فرضه كأن لم يكن إذ الشارع قـد حكم بكونه أى التلف قبل القبض من البائع و كأنه لم يتحقق العقـد و لم يخرج البائع من ضـمان العين بالإقبـاض و إذا كان قبل القبض بهـذا المعنى، فيكون ككك بعـد القبض أيضا فإن الظاهر أن الضـمان الوارد فى الروايات الداله على أن التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له بمعنى واحد و على نهج فارد كما لا يخفى.

و دعوى ثبوت القاعـده فى مورد خيار التأخير بلا وجه، و قـد تقـدم عـدم ثبوت القاعده قبل القبض ليكون مقتضـيا للضـمان قبل القبض بأن يكون التلف من المشترى فى زمان خيار البائع.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ۷ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المكاسب)؛ ج ۷، ص: ۵۲۹

الأمر الثانى: أن المـذكور فى الروايات أن التلف فى زمن الخيار من مال البائع فى جواب السائل عن كون الضـمان على من، و لا شبهه أنه انمـا يكون من مـال البائع إذا كان الضـمان هنا بمعنى انفساخ العقـد فإنه يكون المبيع للبائع أنا ما قبل التلف ثم يتلف و أمـا إذا كـان الضـمان بمعنى التعهـد بالمثـل أو القيمه فلا يكون التلف من مال البائع، بل يكون من مال شـخص آخر إذ لا معنى لنسـبه التلف الى مال البائع مع كون التالف مال شـخص آخر فيعلم من ظاهر الروايه أن الضـمان هنا بمعنى انفساخ العقد كما هو واضح.

الجهه الخامسه: من الكلام فى أن مورد هذه المسأله هل هو العين الشخصيه

بـأن بـاع شـيئا فتلف فى زمن الخيـار سواء كـان مختصـا بـالمبيع أو أعم منه، و من الثمن و سواء كـان مختصـا بخيارى الحيوان و الشرط أو أعم منهما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۳۰

أو يعم مورد البحث عين الكليه أيضا بأن

بـاع كليّـا و اقبض فردا منه ثم تلف ذلـك الفرد فی زمن الخيـار، الظاهر هو الأول لوجهين:- الأول: أن ما وقع عليه العقـد انما هو الكلى دون الفرد، و الفرد انما دفعه البائع إلى المشترى من جهه انطباق الكلى عليه لا أنه هو المبيع و لذا لو ظهر فيه عيب أو غش أو تخلف وصف يبـدله بشـخص آخر غيره، لا أنه يكون مخيرا بين الفسـخ و الإمضاء مع الأرش أو مجانا كما كان الأمر كذلك لو ظهر المبيع الشخصـى معيوبا، و فی المقام أيضا ككـ فإنه إذا باع كليّا و سـلّم فردا منه و تلف ذلك فی زمان خيار الحيوان، أو الشـرط، فإنه لا يكون ذلك من مال البائع لعـدم كون المبيع تالفا، فإنه هو الكلى و الكلى لا يتلف و انما التالف هو ما انطبق عليه الكلى، و من الواضح أن الظاهر من الروايه هو أن يكون التالف هو المبيع بنفسه كما هو واضح لمن راجع إليها.

الوجه الثانی: انك قـد عرفت أن الضـمان هنا بمعنی انفساخ العقـد و كون التالف على البائع كأن لم يكن هنا عقد أصـلا، بحيث يكون المبيع داخلاـ فی ملك البائع آنا ما قبل التلف فيكون تلفه عليه، و لا معنى لانفساخ العقـد الواقع على الكلى، بإتلاف الفرد كما ذكره المصنف (ره).

الجهه السادسه: أنه هل مورد البحث مختص بما إذا كان التالف مجموع المبيع أو يعم

بما إذا كان التالف جزء منه أو وصـفا من أوصافه الصـحه، بل وصفا غير دخيل فی الصحه و أنه على تقدير عمومه لذلك فما هو معنى الضـمان هنـا، فقـد ذكر المصـنف أن معنى الضـمان فی فرض كون التالف هو جزء المبيع انفساخ العقـد فی الجزء كبيع ما يملك و ما لا يملك فی صفقه واحده فإنه يفسخ فی

أحدهما دون الآخر لانحلاله الى بيعين و سكت عن كون التالف وصفا من أوصاف المبيع سواء كان ذلك وصف الصحه أم لا، و لكن الظاهر أن مورد البحث لا يعم بصوره كون التالف جزء من المبيع أو وصفا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۳۱

من أوصافه.

و الذى ينبغى أن يقال هو أن مورد البحث مختص بتلف المبيع بأجمعه، فلا يعم بما إذا كان التالف جزء منه أو وصفا من أوصافه و ذلك لأن الظاهر من قول السائل إذا حدث فيه حدث على من يكون ضمانه و من قوله عليه السلام على البائع، و ان كان يشمل تلف الجزء و الوصف كليهما و هذا لا شبهه فيه، و لكن لا بدّ و أن يلاحظ أن المراد من الضمان هو التعهد بالعين و كون عهدتها على الضمان، و هذا معنى واحد يشمل لصوره تلف العين قبل القبض و بعده فى زمان الخيار فيكون العقد منفسخا و يكون المراد من كون عهده العين التالفه على البائع كون التلف فى ملكه كأنه لم يقع عليه العقد و فى صوره كون التالف هو الوصف كون العهده على البائع عباره عن فرض هذا التلف قبل البيع، فلو كان البيع واقعا على مبيع بعنوان كونه واجدا لوصف الصحه أو الكمال الموجب لزياده الماليه أو لوصف لا يكون دخيلا فى زياده الماليه ثم علم بذلك فإن المشترى يكون له الخيار أى خيار تخلف الوصف و فى فرض ظهور المبيع معيوبا يكون مخيرا بين الفسخ و الإمضاء مجانا أو مع الأرش، و قد تقدم تفصيل ذلك و كون الأرش واقعا فى الطول أو العرض.

و إذ عرفت ذلك ففى المقام أيضا كذلك حيث ان المبيع

إذا حدث فيه حدث فى زمان الخيار، فمعنى كون التلف على البائع فرض ذلك الحدث فى المبيع قبل وقوع العقد عليه، فكما كان المشترى فى فرض ظهور المبيع معيوبا أو فاقدا للوصف مخيرا فى فسخ العقد و إمضائه، و فى صوره كونه معيوبا كان له أخذ الأرش أيضا، و كذلك له ذلك إذا كان حدوث الحدث فيه فى زمان الخيار كما تقدم و من هنا اتضح أنه لا ينفسخ العقد فى صوره تلف جزء المبيع كما ذهب اليه شيخنا الأستاذ بل يثبت للمشترى خيار الفسخ بداهه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۳۲

أن الظاهر من الروايات الداله على كون التالف من مال البائع أن يكون مجموع المبيع تالفا لا بعضه و من جميع ما ذكرناه ظهر أنه لا يكون الضمان الوارد فى الروايات فى هذه المسأله مستعملا فى أكثر من معنى واحد لما عرفت أنه بمعنى كون التالف على عهده البائع و هذا المعنى تختلف بحسب اختلاف المصاديق و لا- شبهه أن اختلاف المصاديق بحسب الموارد أجنبى عن استعمال اللفظ فى أكثر من معنى واحد كما لا يخفى، و أيضا ظهر من ذلك أن ما ذكرناه سابقا من كون الاستصحاب تنجيزيا متوقف على كون الضمان بمعنى العهده و فى المقام بمعنى الانفساخ فيكون الاستصحاب تعليقيا ليس كذلك، بل الضمان بمعنى انفساخ العقد فيكون الاستصحاب تنجيزيا كما هو واضح.

و أما ما دل على كون ضمانه على البائع فى زمان خيار المشترى إذا حدث فيه حدث فقد عرفت معناه و أن المراد من ذلك فرض الحدث حادثا قبل البيع كما لا يخفى.

و على الجمله فلا يستفاد من الروايات انفساخ العقد بالنسبه إلى الجزء الفائت فى زمان الخيار.

لا

يقال ان البيع و ان كان بحسب الحدوث واحدا و لكنه منحل الى الاجزاء كما فى بيع ما يملك مع ما لا يملك، و عليه فلا بأس من الالتزام بانفساخ العقد فى الجزء الفائت كما ذهب اليه المصنف و اختراه شيخنا الأستاذ أيضا.

فإنه يقال ان الانحلال و ان كان صحيحا بحسب نفسه و لكن لا يمكن الالتزام به فى جميع الموارد، بل يختلف بحسب اختلاف الأحكام كما تقدم فى خيار المجلس فإنه إذا باع أحد شيئين بصفقه واحده و ان كان البيع منحلا إلى شيئين و لكن ليس له أن يفسخ العقد فى أحدهما بخيار المجلس

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۳۳

دون الآخر فان الانحلال لا يجرى بالنسبه إلى مثل هذا الأحكام الثابته لمجموع المبيع بما هو مجموع و مقامنا أيضا من هذا القبيل حيث ان الظاهر من الدليل أن التلف انما يكون موجبا لانفساخ العقد إذا كان واقعا على مجموع المبيع لا على بعضها و ان كان البيع الواقع على كل جزء بحسب الانحلال و لكن بيعا مستقلا و الانحلال لا يجرى بالنسبه الى هذا الحكم لكونه على خلاف الظاهر من الروايه كما هو واضح، فافهم.

الجهه السابعه: أنه لا شبهه فى أنه إذا كان التلف بآفه سماويه أو نحوها

بان افترسه حيوان أو مات لمرض و نحوه كالسقوط من شاهق أن التلف يكون ح من مال البائع، فيما إذا كان التلف فى زمان خيار المشترى، هذا هو مورد الروايات لقوله عليه السلام أو هلك، فان الظاهر من ذلك هو هلاكه بمعنى إتلاف متلف، و هل يعم الحكم بصوره الإتلاف بان يستند التلف الى فعل أحد الصادر عنه بالإراده و الاختيار فيكون ح أيضا من مال لا خيار له.

أو لا يعم الحكم بذلك، بل يكون التلف من

المتلف فنقول ان الصور المعقوله المتصوره فى المقـام لاـ يخلو عن ثلاـثه:- الاولى: أن يكون المتلف هو الـذى كان عليه الخيار كالبائع مثلا.

الثانيه: أن يكون هو المشترى الذى له الخيار.

الثالثه: أن يكون المتلف هو الشخص الأجنبى.

أما الصوره الاولى: فلا شـبهه أن التلف يكون عليه لأنه هو السـبب التام فى ذلك فمقتضـى قاعده الضمان بالإتلاف يكون التلف محسوبا عليه من غير احتياج إلى قاعده كون التلف فى زمن الخيار على من لا خيار له.

و أما الصوره الثانيه: فكك أيضا فإن الضـمان انما على المشترى فلا يكون ذلك موجبا لانفساخ العقـد، و الّا لا يتمكن أحـد من شراء حيوان و ذبحه و أكله و ضيافته فى زمان الخيار، فإنه بالذبح المجرد ينفسخ العقد و يفرض

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٣۴

كالعدم و يكون المذبوح راجعا الى ملك البائع كما هو واضح، و هذا على خلاف الضـروره من الشرع و العقلاء، بل إتلاف ذى الخيار المبيع مع العلم بالحكم يكون إسـقاطا للخيار و التزاما للعقـد، و الحاصل أن اقدامه بإتلاف المبيع بإرادته و اختياره موجب لثبوت الضمان له و إسقاط خياره و إقرار للعقد فلا يكون مثل هذا الإتلاف وسيله لكون التلف ممن لا خيار له كما هو واضح.

و من هنا ظهر الحال فى الصوره الثالثه أيضا حيث ان ضمان ذلك المال على المتلف لا على من عليه الخيار كما لا يخفى.

ثم ان هنا مسأله أخرى يوهم كلام المصنف الخلط بينها و بين المسأله المتقدمه من تجزيه الإتلاف عن التلف

فيتخيـل أن المسـأله الثـانيه من تتمه المسـأله الاـولى و من ذيلهـا و لكن الأـمر ليس كـك، بل غرض المصـنف مع غلق عبارته و اضطرابه أنه استند التلف إلى الإتلاف فما ذا يصنع فى المقام فهل يبقى الخيار فى حاله أو لا، و مع فسخ ذى

الخيـار فى هـذه الحاله الى من يرجع و ذكر أنه ان كان المتلف هو ذى الخيار فلا شـبهه فى سـقوط خياره فان العقـد لازما بهـذا التصـرف كما عرفت فلا خيار له، و ح و ان كان المتلف هو من عليه الخيار كان خيار المشترى باقيا فى حاله فإن أراد أن يفسـخ العقـد و يرجع الى الثمن الذى هو عين ماله السابق على العقد و ان أراد ان يمضـى العقد فيرجع الى من عليه الخيار فهو البائع فى المقام و يأخذ منه بدل المبيع و هذا أيضا لا كلام فيه و انما الكلام فيما إذا كان المتلف هو الأجنبى فإنه ح لا شبهه فى بقاء خيار المشترى على حاله فإن أمضـى العقـد أو خرج زمان الخيار و لم يمض العقـد فيرجع هو الى الأجنبى و يأخـذ منه بدل ماله و هذا أيضا لا شبهه فيه و ان فسخ العقد فمقتضى قانون الفسخ أن يرجع كل من العوضين الى مالكه الأصلى و ح فلا شبهه فى رجوع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۳۵

الثمن الى ملك المشترى فيرجع المشترى الى البائع و يأخذ الثمن منه كما لا شبهه فى رجوع بدل المبيع إلى البائع و لكن الكلام فى أن البائع هل يرجع الى المشترى أو لا.

و الحاصل: أن المتلف لا يخلو اما أن يكون هو البائع الذى عليه الخيار أو المشترى الذى له الخيار أو الأجنبى أما الأول فلا شبهه فى كون ضـمان التـالف عليه لقاعـده الضـمان بالإتلاـف. و ح لاـ تصل النوبه إلى قاعـده أن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار بحيث يحكم بانفساخ العقد فإن القاعده فى مورد لا يكون هنا ما يدل على

ضمـان شـخص معين بـالخصوص سواء كـان هو من له الخيـار أو من عليه الخيـار، بل المشترى الـذى له الخيار مخير بين إمضاء العقد و الرجوع الى البائع بالمثل أو القيمه أو الفسخ و الرجوع الى الثمن.

و ان كان المتلف هو المشترى فلا شـبهه أن ضمانه عليه، بل يسقط خياره أيضا فضلا عن أن يكون التلف من مال من لا خيار له، فان هذا النحو من التصرف كاشف عن رضاه بالعقد فيكون لازما و هذا مما لا ريب فيه.

و أمـا إذا كـان المتلف هو الأـجنبى فأيضـا يكون الضـمان هو الأـجنبى لقاعـده الضـمان بالإتلاف فلا يتوهم فى شـى ء فى صور الإتلاف كون التلف ممّن لا خيار له.

نعم، لو كـان هنـا أيضا دليل على كون التلف من مال من لا خيار له لأخـذنا به و لكنه منتف فلا بـدّ من الرجوع الى دليل آخر و هو قاعده الضمان بالإتلاف.

ثم انه لا شبهه فى بقاء خيار المشترى إذا كان المتلف هو الأجنبى كما أنه كان باقيا فى فرض كون المتلف هو البائع و ح ان كان راضيا بالعقد و ممضيا له فلا شبهه فى لزوم العقد و سقوط خياره فيتعين عليه الرجوع الى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۳۶

الأـجنبى و ان فسـخ العقـد فإنه يرجع الى البائع الـذى من عليه الخيار فيأخـذ الثمن منه، و اما البائع فهل يرجع هو الى المشترى أو إلى الأجنبى أو يتخيّر فى الرجوع الى أى منهما شاء، وجوه و قبل التعرض لبيان مـدرك الوجوه و ترجيـح المختار منها على غيره لا بدّ و ان يعلم أن مورد البحث فى كلام المصنف هو تلف المبيع و أن الفاسخ هو المشترى كما هو مسوق

الكلام من الأول فما ذكره شيخنا الأستاذ من جعل مورد البحث هو تلف الثمن و أن الفاسخ هو البائع استنادا إلى أمور و قرائن استفادها من العباره لا وجه له.

نعم، الظاهر ان كلمه الفاسخ فى الموارد الثلاثه و كلمه المفسوخ عليه فى آخر العباره اما من سهو القلم أو من اشتباه النساخ فإنه لا بدّ و ان يكون المذكور مكان الفاسخ كلمه المفسوخ عليه و فى مكان كلمه المفسوخ عليه كلمه الفاسخ كما هو واضح.

أما الوجه فى رجوع البائع إلى المتلف فقد ذكر المصنف فيه وجهين:

الأول: أن بدل العين التالفه انما هو فى ذمه المتلف.

و الثانى: أن العين التالفه بعد الفسخ ملك للمالك السابق و هى فى عهده المتلف فتكون كما لو كانت موجوده عنده، فلا بدّ من الرجوع عليه و أجاب المصنف عن ذلك أن البدليه إنما هى بالنسبه إلى التلف من حيث وجوب دفعه الى المالك و أن ذمه المتلف غير فارغه عن ذلك لا أنه يترتب على هذا البدل جميع الآثار المترتبه على العين بحيث كما أن العين لو كانت موجوده فى يد الأجنبى كان البائع المفسوخ عليه يرجع اليه و كذلك البدل و ليس كك، بل البدل مثل العين فى اشتغال ذمه المتلف بذلك فقط لا فى جهه أخرى و ح فيرجع البائع إلى المشترى، فالمشترى يرجع الى الأجنبى، و أيضا أن مقتضى الفسخ و ان كان عود العين التالفه إلى المالك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۳۷

السابق لكن تلك العين التالفه مضمونه ضمانا معاوضيا على المشترى الذى يفسخ العقد بحيث لا بدّ له أن يعطى البدل للبائع الذى هو المالك السابق للمبيع و عليه فلا بدّ و أن يخرج

المشترى عن عهده ذلک و یعطى بدله للبائع و اذن فيرجع البائع اليه و أما الأجنبى فهو ضامن ضمانا غراميّا بالنسبه إلى المالک حين الفسخ، و هو من له الخيار و عليه فالوجه هو الرجوع الى المشترى.

و قد اختاره السيد فى حاشيته و أيده بأن الأمر كذلک فى الإقاله أيضا، فإن فيها أيضا يرجع البائع إلى الآخر و ان كان المتلف هو الأجنبى.

و على الجمله حكم الفسخ و الانفساخ مطالبه العوض من الطرف كما هو قانون الفسخ فإنه يقتضى أن يخرج كل من المتبايعين عن عهده العوض و يرجع ذلک الى ما انتقل عنه ذلک العوض اليه كما هو واضح.

و أما وجه التخير فقد ذكر المصنف أن يد الفاسخ يد ضمان بالعوض قبل الفسخ و بالقيمه بعده و إتلاف الأجنبى أيضا سبب للضمان فيتخير فى الرجوع ثم ذكر أن هذا أضعف الوجوه.

أقول: الظاهر أن القول بالتخير أصح الوجوه، و ذلک من جهه أن جواز الرجوع الى الفاسخ لأجل ضمان المعاوضه فإن مقتضى الضمان المعاوضى أن يرجع البائع إليه بالثمن فإذا فسخ المشترى العقد فيرجع البائع إليه بالمبيع كما هو مقتضى قانون الفسخ فحيث كانت العين تالفه فيرجع الى بدلها كما هو واضح.

و أما جواز رجوعه الى المتلف فمن جهه أن المتلف قد اشتغلت ذمته ببدل العين التالفه بمقتضى قاعده الضمان بالإتلاف و كان اللازم عليه أن يعطى ذلک الى المشترى حدوثا الى زمان فسخ المشترى العقد، و إذا فسخ المشترى العقد كانت ذمته مشغوله ببدل العين التالفه بقاء بالنسبه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۳۸

إلى البائع كما إذا كان مال أحد تحت يد أجنبى أما بعنوان الغصب أو بعنوان الامانه فمات المالک فإنه لا

بـد أن يعطى ذلك الى وارثه و هكـذا لو كانت ذمته مشغوله لأحـد لأجل إتلاف ماله ثم مات المالك فإنه يجب عليه أن يعطى بدله لوارثه و المقام أيضا كك كما هو واضح.

و اذن فخيار للمفسوخ عليه أن يتخيّر بين الرجوع الى الفاسـخ أو المتلف ثم انه لا يفرق فى الحكم بالتخيير بين القول بأن ضـمان المتلف بقيمه يوم التلف أو أعلى القيم، أو قيمه يوم المطالبه، فإنه إذا قلنا بقيمه يوم التلف مع كونه زائـدا عن قيمه يوم الفسـخ، و المطالبه، يعتبر من حين الفسـخ اشـتغال ذمه المتلف بذلك القيمه و لا يلزم من ذلك أن نقول يتعين الرجوع الى الفاسخ و الّا لزم أن يكون الزائد عن قيمه يوم الفسخ للفاسخ كما هو واضح.

نعم، فرق بين الرجوع الى المتلف و الفاسـخ فإنه ان رجع الى الفاسـخ فيرجع الفاسخ الى المتلف و ان رجع الى المتلف فلا يرجع المتلف الى أحد لاسـتقرار الضمان عليه كما هو واضح، و من هنا ظهر أنه لا وجه لقياس المقام ببيع ذى الخيار المبيع من شخص آخر فى زمـان الخيـار فإنه بعـد الفسـخ لا يرجع البائع إلى المشترى الثانى لعـدم اشـتغال ذمته فعلا ببـدل العين التالفه حتى ينتقل ذلك الى البائع بقاء، نعم يصح قياسه بباب تعاقب الأيدى فى الغصب مع تلف العين المغصوبه كما هو واضح.

قوله: مسأله و من أحكام الخيار ما ذكره فى التـــذكره فقال لا يجب على البائع تســليم المبيع و لا على المشترى تســليم الثمن فى زمان الخيار.

اشاره

أقول: أن هنا فرعان:-

الأول: أنه لا يجب على البائع تسليم المبيع فى زمان إذا لم يسلم المشترى الثمن

و ذلك من جهه الشرط الضمنى فإن العقلاء بانون على اشتراط

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۳۹

تسليم المبيع بتسليم الثمن فبانتفاء الثانى لا يجب الأول و هذا واضح.

الفرع الثانى: انه إذا سلم البائع المبيع لا يجب على المشترى تسليم الثمن فى زمان خياره

بتوهم أنه من أحكام الخيار و قد استشـكل عليه بأنه بأى دليل لا يجب ذلك فمجرّد كون المشترى له الخيار لا يثبت جواز تأخير التسليم، بل لا بدّ و ان يكون له دليل و لذا ذكر المصنف أيضا أنه لا نعرف وجها لهذا الحكم.

نعم، لو قلنـا بمقـاله الشـيخ الطوسـى (ره) على مـا نسب اليه من القول بتوقف حصول الملـك على انقضـاء زمان الخيار، و أنه لم تحصـل الملكيه قبل ذلك لتوجّه ما ذكره العلامه من عـدم وجوب التسـليم على المشترى فى زمان خياره، و ان سـلم البائع أيضـا المبيع إليه إذ ليس الثمن ملكـا للبـائع حتى يجب تسـليمه اليه كما أن المبيع ليس ملكا للمشترى و ان سـلمه البائع اليه، و لكن قد

تقدم الإشكال فی ذلک و عدم الدليل عليه و قلنا ان مقتضى العمومات حصول الملكيه لكل من البائع و المشترى من أول العقد غايه الأمر تكون الملكيه فی زمان الخيار متزلزله و انما تستقر بانقضاء زمان الخيار كما لا يخفى.

ثم ان شيخنا الأستاذ قد تعجب من قول المصنف حيث ذكر أنا لا نعرف وجها للقول بعدم وجوب تسليم الثمن على المشترى مع تسليم البائع المبيع إياه، ثم ذكر الوجه فی ذلک و حاصله أن أدله الوفاء بالعقد قد خصّصت بمدلولاتها المطابقيه و هی لزوم العقد بالأدله الداله على ثبوت الخيار للمتبايعين أو لأحدهما و كان العقد فی زمان الخيار جائز و متزلزلا، بحيث كان العقد بجميع مدلولاته المطابقيه و الالتزاميه تحت يد ذی

الخيار لا يجب عليه التسليم كما لا يجب عليه الوفاء بأصل العقد فلا يكون هذا مخالفا لقاعده السلطنه لأن من لا خيار له لو انتقل اليه المال على نحو كان لمالكه الأصلى التسلّط على عدم التسليم لم يثبت له السلطنه المطلقه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۴۰

و بالجمله ان قاعده السلطنه قابله للتضيق و كيف أن الوجه فى عدم وجوب تسليم الثمن على المشترى فى زمان خياره قدرته على فسخ العقد فحيث كان قادرا على ذلك فقادر على لوازمه و من جمله لوازمه عدم وجوب تسليم الثمن كما هو واضح.

و لكن هذا الكلام، الكلام عجيب منه من جهه أن دليل التخصيص انما ورد على العمومات من حيث دلالتها على لزوم العقد مطلقا و جعله جائزا فى زمان الخيار و أما الملكيه الحاصله من أول العقد فهى باقيه على حالها و غير مخصّصه بأدله الخيار، و ح فلا يجوز لذى الخيار المنع من تسليم العوض فإنه تصرف فى مال الغير بدون اذنه فهو حرام.

و دعوى تضييق دائره دليل السلطنه بأدله الخيار أو انصراف الأدله الداله على حرمه التصرف فى مال الغير بدون اذنه عن موارد البيوع الخياريه كما عن بعض دعوى جزافيه بداهه أنه لا دليل على التضييق و لا موجب للانصراف، بل لا بدّ من الأخذ بمفادها و الحكم بوجوب تسليم مال الغير اليه الّا إذا رضى بالبقاء عنده. نعم يمكن توجيه عدم وجوب التسليم كما ذكره العلامه من جهه انه لا يتعين التسليم لعدم لزوم العقد، بل ان يفسخ العقد فمراد من التزم بعدم التسليم ان ذى الخيار له فسخ العقد لكى يكلف بالتسليم فيكون البيع لم يقع كما هو واضح و لكن هذا

توجیه بعید کما ذکره فی المتن و مع ذلک ذکرانا لا نعرف وجها لذلک أی لعدم وجوب التسلیم لذی الخیار.

قوله: مسأله: قال فی عد لا یبطل الخیار بتلف العین.

أقول: لا- شبهه أن موضوع هذا البحث انما هو صوره عدم انفساخ العقد و علیه فلا تزاحمها قاعده التلف قبل القبض و قاعده التلف فی زمان خیار الحیوان أو خیار الشرط، فإنک قد عرفت أن مقتضی القاعده فی هذه الموارد هو انفساخ العقد کما هو واضح، و أیضا أن مورد البحث ما إذا لم یکن اعمال الخیار فیه متوقفا علی بقاء العین کما فی مورد خیار العیب بداهه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۵۴۱

أنه یتوقف علی بقاء العین بحالها فلو تغیّرت عما وقع العقد علیه و لم تکن العین قائمه بعینها سقط الخیار و یکون النزاع فی سقوطه بالتلف أو بقائه لغوا کما هو واضح، بل یتعین علیه أخذ الأرش و السر فی ذلک أن المستفاد من روایات خیار العیب هو کون الخیار متوقفا علی رد المعیوب و أیضا أن مورد البحث ما إذا لم یکن الخیار بحسب جعل المتعاقدین مختصّا بصوره بقاء العین بأن یکون المجعول هو الحصه الخاصه من الفسخ فیکون المقتضی من الأول مضیقا کما إذا جعل لنفسه الخیار فی بیع مقیدا برد مثل الثمن کأن باع داره بثمن معین و اشتراط جواز رده برد مثل الثمن إلی مده خاصه و تلف الدار فی ضمن هذه المده فإنه یسقط الخیار بالتلف فلا یبقی خیار هنا فان المجعول انما کان هو الخیار الخاص و الفسخ الخاص اعنی الفسخ مع بقاء العین کما هو واضح.

و کذا الحال إذا کان الخیار متعلقا برد العینین کما فی المعاملات فإنه بناء علی کونها جائزه فإنما یکون

جواز الرد متعلقا بالعين و هـذا انما يتحقق ما دام العين باقيه فى حالها و إذا تلفت سـقط موضوع جواز الرد أصـلا كما هو واضح، بل يحكم بلزوم العقد.

إذا عرفت ذلـك فنقول انه وقع الكلام فى سـقوط الخيـار و عـدمه فى جمله من موارد الخيارات كخيار الغبن فان المحقق الثانى تردد فى سـقوط خيار الغبن بتلف المغبون فيه و منها المرابحه فيما إذا ظهر كذب البائع فى رأس المال بأن أخبر بأنه اشتراه عشره دراهم و يأخـذ منه الربـح درهمين فيكون الثمن اثنا عشـر درهم، فظهر أنه اشتراه بثمانيه دراهم فإنه قـد تخلف الشـرط فى المقام فقد وقع الخلاف فى سقوط الخيار هنا بتلف العين و عدمه.

و قـد تردد العلامـه فى ذلـك، بـل عن المبسوط الجزم بالعـدم و علّـل ذلـك بـأن الرد انما يتحقق مع بقاء العين، و لكن قوى فى المسالك و جامع المقاصد ثبوته، و منها خيار الرؤيه فإن المحقق الثانى ألحقه بخيار الغبن فى سقوطه بتلف العين و كذلك تلف الثمن فى خيارى الحيوان و الشرط

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۴۲

المجعول على نحو الإطلاق لا فى تلف المبيع، فإنك قد عرفت خروجه عن مورد البحث، و تعين انفساخ العقد هناك.

و الظاهر أن القائلين بسقوط الخيار فى الموارد المذكوره و غيرها انما توهموا أن الخيار انما تعلق برد العين و من الواضح أن هذا انما يكن فيما إذا كانت العين باقيه و أما إذا تلفت فلا يمكن الرد فيسقط الخيار كما هو واضح.

و لكن التحقيق فى المقام أن يقال: ان الخيار تاره يثبت بالأدله الخاصه و الروايات الداله على ذلك و أخرى بالشرط الضمنى.

أما الأول: كخيار المجلس مثلا، فالظاهر بقاء الخيار

بعد تلف العین أیضا لإطلاق الأدله و عدم تقیدها بصوره تلف العین کما هو واضح، فان مقتضی قولهم علیهم السلام البیعان بالخیار ما لم یفترقا هو کون الخیار دائرا مدار الاجتماع فما دام المتبایعان فی المجلس کان الخیار باقیا، و إذا تفرقا یسقط الخیار و لا شبهه أن التفرق قد یکون بعد تلف العین و أخری قبله، فإطلاق الروایه محکّم و من هنا ظهر أنه لا وجه لتوهم أنه لا نجد فی أدله الخیارات کما فی کلام المصنف تکون مطلقه فی إثبات الخیار بالنسبه الی ما بعد تلف العین و کذلک إطلاق قوله علیه السلام: و هم بالخیار إذا دخلوا السوق، فإنه مطلق بالنسبه الی ما بعد التلف و ما قبله.

و أما إذا کان دلیل الخیار هو الشرط الضمنی فقد مرّ مرارا أن معنی جعل الشرط فی العقد مرجعه الی جعل الخیار و من الواضح فی کون الإنسان مخیرا فی فسخ العقد و إمضائه، لا یفرق فیه بین تلف العین و بقائه کما هو واضح، کما أن الإقاله لیست بمقیده ببقاء العین فکک الفسخ إذ لا فرق بینهما الّا من أن الإقاله فسخ من الطرفین و الفسخ بالخیار، فسخ من طرف واحد، اذن فمقتضی القاعده هو الحکم بثبوت الخیار بتلف العین کما هو واضح، و من هنا ظهر أنه لا وجه للتمسک بالاستصحاب کما

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۵۴۳

فی المتن لعدم وصول النوبه إلیه، حتی یستشکل فیه بما ذکرناه سابقا من عدم کون الاستصحاب جاریا فی الشبهات الحکمیه و غیر ذلک من المناقشات.

قوله: مسأله: لو فسخ ذو الخیار فالعین فی یده مضمونه بلا خلاف.

أقول: إذا فسخ ذو الخیار العقد فلا شبهه فی کون العین مضمونه لصاحبها علی الفاسخ إذا فرّط فی إعلان صاحبها

و جعله متمكنا فى أخذ ماله عرفا فان يده ح يد ضمان من حيث البقاء و ان لم يكن كذلك من حيث الحدوث و بناء العقلاء أيضا على ذلك و أما إذا جعل صاحبه متمكنا من الأداء بإعلانه إياه و نحو ذلك لا يكون ذلك ضامنا عليه فان يده أمانه شرعيه كما هو واضح.

و أما المفسوخ عليه فهل يكون ضامنا لمال الفاسخ أو لا، فقد ذكر شيخنا الأستاذ أنه يكون ضمانه عليه لدليل اليد و ذلك فان المستفاد من من الدليل أن كون مال الغير تحت استيلاء شخص يقتضى أن يكون ضمانه عليه الّا أن يتحقق رافعه و لم يؤخذ مال الغير عنوانا للمأخوذ حتى يقال انه حين الأخذ لم يكن مال غيره فلا يشمله قوله على اليد ما أخذت، بل اعتبر بالقرينه العقليه موضوع الحكم يوجب الأداء و لا شبهه أنه حين الحكم بوجوب الأداه هذا العنوان موجود لأنه فى هذا الحين مال الغير و ان لم يكن حين الأخذ ككك.

و بالجمله المال المقبوض إذا طرأ عليه عنوان مال الغير يترتب عليه الضمان كما أنه لو خرج عن هذا العنوان يرتفع عنه الضمان.

و لكن ير عليه:- أولا: أن على اليد ما أخذت حتى تؤدى روايه نبويه مرويه من طرق العامه فلا يمكن المساعده على صحتها كما تقدم سابقا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۴۴

و ثانيا: أن شيخنا الأستاذ و قد اعتبر فى مفهوم الأخذ عنوان القادريه و الاستيلاء كما هو كذلك فى قوله تعالى لا تَأْخُذُهُ سِنَةٌ وَ لا نَوْمٌ، و من الواضح أنه ليس هنا كذلك، بل المدرك لهذه القاعده انما هو السيره القطعيه العقلائيه و لا شبهه أنها منتفيه فى المقام، بل

هی علی عکس ذلک فإن السیره قائمه علی أنه لا ضمان فی مثل هذه الموارد.

الکلام فی النقد و النسیه

اشاره

قوله: القول فی النقد و النسیه.

أقول: أن البیع بحسب تقسمه الی النقد و النسیه له أربعه أقسام لأنه اما یکون کل من العوضین نقدا فهو بیع النقد، و اما یکونا کلاهما نسیه، و هو الکالی بکالی، و اما یکون أحدهما نقدا و الآخر نسیه، فان النقد هو الثمن و النسیه هو المثمن، و هو بیع السلم، و اما بالعکس فهو بیع النسیه المعروف، ثم ان القسم الثانی أعنی بیع الکالی بکالی ثم ان المراد من بیع الکالی بکالی أن یکون کلّ من العوضین کلیّا فی الذمه و دینا للآخر بأن باع أحد منا من الحنطه کلیّا بدرهم کلی مع کون کل منهما مؤجلا و أما إذا کانا لشخصیین فقد أجل فی التسلیم من الطرفین فلا یکون من بیع الکالی بکالی فتقسیم البیع الی النقد و النسیه أمر آخر لا یکون مربوطا بتقسیمه الی الحاضر و غیره و الوجه فی اختصاص الکالی بکالی بالکلی هو روایه النهی عن بیع الدین بالدین و الإجماع فإن الدین لا یکون الّا کلیّا و المتیقن من الإجماع هو ذلک، فافهم، نعم المعنی اللغوی للکالی بکالی موجوده هنا فان العوضین من الطرفین فلو اشترط فیهما الأجل فإن التأخیر هنا بحسب الشرط فما ذکره شیخنا الأنصاری من المراد بالمؤجل خصوص الکلی إشاره

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۵۴۵

الی ذلک.

ثم ان المراد من کون المثمن أو الثمن نسیه أی شی ء و قد یکون المراد من ذلک کون التملیک فی أمثال ذلک تعلیقیا من ناحیه المؤجل بأن یملک البائع مثلا فعلا و لکن الملکیه تحصل بعد زمان بحیث

يكون الإنشاء فعليا، و المنشأ استقباليا نظير الوصيه و لكنه باطل و صحته فى باب الوصيه لدليل خاص و بيان ذلك أن العلماء ذكروا فى بيان بطلان التعليق فى العقود مثلا تاره ينشئ تمليك ماله للمشترى على تقدير أن يكون هذا اليوم يوم جمعه مع تردده فى كونه يوم جمعه فإنه يملك على هذا التقدير.

و أخرى ينشئ ملكيه ماله لشخص فى مقابل العوض الخاص بعد عشره أيام بحيث يكون البيع حاصلا بعد عشره أيام، كما إذا آجر داره بعد شهر و فى المقام من الآن يبيع المبيع الفلانى بعد سنه بحيث تكون الملكيه من الطرفين حاصله بعد سنه و ليس الموجود من الآن إلّا إنشاء البيع فقط، ليس الّا و قد اتفقت كلمات الأصحاب على بطلان كلا هذين القسمين و لكن بطلان البيع هنا على تقدير كون إنشاء التمليك على التقدير المذكور بحيث يكون الإنشاء فعليّا و المنشأ استقباليّا لا يتوقف على بطلان التعليق، بل لو لم يقم الإجماع على بطلان التعليق فأيضا لا بدّ من الالتزام ببطلان ذلك من جهه أنا ذكرنا فى محله أن البيع مبادله مال بمال بحيث يدخل الثمن فعلا فى ملك من خرج المعوض من ملكه، و من الواضح أنه على التقدير المذكور قد صار الثمن ملكا للبائع فعلا، من غير أن يكون المبدل أى المبيع داخلا فى ملكه و لا شبهه أن هذا خارج عن مفهوم المبادله المفروض حصولها بالفعل فلا يكون مشمولا لمفهوم المبادله كما هو واضح و أيضا يحكم ببطلانه من جهه عدم صدق البيع عليه سواء قلنا ببطلان التعليق أم لا.

و قد يقال أن معنى البيع النسيه عباره عن كون الإنشاء فعليّا و المملوك

مصباح الفقاهه

(المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۴۶

متأخرا كالواجب المعلق و كبعض أقسام الإجاره كما إذا آجر الدار المعهوده فعلا بعد عشره أيام، ففى المقام أن البائع يملك المشترى ماله بعنوان أن يكون الإنشاء حاليّا و كك المنشأ و لكن المملوك يكون متأخرا كما فى الإجاره، حيث أن الموجر الآن يوجر الدار المعينه بعد شهر فإنه بذلك يملك منفعتها من الآن ملكيه فعليه و لكن المملوك متأخر و كك فى المقام، و هذا و ان كان معقولا- فى الإجاره و لكنه غير معقول فى البيع بداهه أن الإجاره تمليك المنفعه و هى من الاعراض و الاعراض تقدر بالزمان و لكن البيع ليس كذلك، فإنه تمليك الأعيان فهى لا تقدر بالزمان، فإن حنطه اليوم مثلا هى عين هذه الحنطه بعد عشره أيام و هكذا و عليه فلا- معنى أن يملك البائع للمشترى حنطه الشهر الآتى، بحيث تكون هذه الحصه من الحنطه مبيعا كما هو واضح.

و على الجمله لا- يعقل بيع الأعيان فعلا، و تمليكها بالملكيه الفعليه بعد مده نظير تمليك الدار المعينه فعلا، لشخص بعد مده بحيث يكون مملوك المشترى متأخرا و ذلك لما عرفت فافهم، بل المناط فى النسيه هو كون كل من العوضين للآخر بالفعل و تكون ذمته مشغوله بذلك بحيث يجب لكل منهما الخروج عن العهده فعلا، و لكن يشترط أحدهما على الآخر تأخير الثمن الى وقت كما فى النسيه أو تأخير المثمن كما فى السلّم فيكون التأجيل من ناحيه الشرط لا من ناحيه كيفيه الإنشاء كالتعليق و نحوه ليلزم المحاذير المتقدمه و هذا الذى ذكرناه لا يحتاج الى التفتيش الذى ذكرناه، بل هو أمر عرفى و ثابت بحسب ارتكاز العقلاء أيضا كما هو واضح، و

علیه فلا یجب دفع الثمن المشترط تأخیره إلی مده حتی مع مطالبه الطرف إذ لیس له حق المطالبه قبل الوقت المعیّن.

قوله: مسأله: إطلاق العقد یقتضی النقد.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۵۴۷

أقول: قد ظهر مما ذکرناه أن إطلاق العقد یقتضی التعجیل و ذلک من جهه أنه إذا کان مقتضی البیع هو مبادله مال بمال بالفعل فمقتضی ذلک أن کل من العوضین ملک لکل من المتبایعین بالفعل و هذا یقتضی أن یعطی کل منهما العوض للآخر بغیر تأخیر عند المطالبه فإن جواز تأخیر أداء مال الغیر مع المطالبه یحتاج الی دلیل، بل یجب ذلک بدون المطالبه أیضا، فإن کل من کانت ذمته مشغوله بمال الغیر وجب علیه إفراغ ذمته و أداء مال الغیر الیه سواء طالب أم لم یطالب، فان عدم المطالبه لا یکشف عن رضاه بذلک، فإنه ربما یکون من جهه الغفله.

نعم، إذا انکشف بالقرائن الخارجیه جواز تأخیر الأداء و رضی المالک بالبقاء عنده، لا یجب الأداء فورا و من هنا اتضح أنه لا یتوقف وجوب إیصال مال الغیر الیه، علی المطالبه، بل مقتضی اشتغال ذمه المدیون أو من وضع یده علی مال الغیر، أن یوصله الیه، و ان لم یطالب ذلک لأنه لا یحل مال أمر مسلم الّا بطیب نفسه، فإنه شامل بإطلاقه لذلک أیضا راجع فی ذلک الی حاشیه السیّد الا مع العلم برضاه للبقاء عنده ما لم یطالب کما هو واضح.

و علی هذا فلو اشترط أحد المتبایعین علی الآخر التعجیل فی التسلیم و عدم التأخیر کان هذا تأکیدا للإطلاق لا تأسیسا إذ ما یستفاد من الشرط انما یستفاد من الإطلاق کما عرفت فلا یکون للاشتراط فائده کما ذکره الشهید فی الدروس من أن فائده الشرط ثبوت

الخيار إذا عين زمان النقد فأخل المشترى، بل نفس هذه الفائده مترتبه على الإطلاق أيضا كما ذكره الشهيد الثانى مع الإطلاق أيضا يعين عدم تعيين الزمان إذا أخل به فى أول وقته.

نعم، للاشتراط فائده إذا كان الإطلاق يقتضى وجوب التسليم و لكن بحسب العرف بأن يقضى العرف بلزوم التسليم فى سته أيام مثلا و هو يشترط

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۴۸

على صاحبه التسليم فورا فان هذا المقدار من الفوريه لاـ تستفاد من الإطلاق و أيضا تترتب القاعده على الاشتراط إذا كانت القرينه العرفيه قائمه على رضاء كل من المتبايعين ببقاء كل من العوضين عند الآخر فان بالاشتراط ترتفع هذه القرينه و تكون فائده الاشتراط هو لزوم التسليم فورا و لا يجوز التأخير اعتمادا الى رضاء الطرف بمقتضى الاشتراط كما هو واضح.

ثم ان لصاحب الجواهر هنا كلاما و هو أن الخيار هنا انما هو مع عدم التمكن من الإجبار و انه واقع فى طوله و الّا فلا يثبت الخيار و قد أشكل عليه المصنف بأن ذلك غير مربوط بالمقام، فان الكلام هنا فى ثبوت خيار تخلف الشرط و عدمه فى نفسه و الشرائط الآخر غير مربوطه بذلك فإنه يبحث فى بقيه الشرائط فى مواردها فمن جملتها اشتراط ثبوت الخيار مع التمكن من الإجبار أو بوجوبه معه و شى ء منهما لا يرتبط بالمقام كما هو واضح هذا أولا.

و ثانيا: أنه لا معنى لاعتبار عدم التمكن من الإجبار أو وجوبه مع التمكن منه فى ثبوت الخيار بداهه أن الخيار هنا من ناحيه تأخير التسليم فى المده المعيّنه المضبوطه بحسب الاشتراط فى ضمن العقد بحيث يكون الخيار هنا من ناحيه التأخير فى الزمان الخاص و ح فما

لم يصل ذلک الزمان فلا معنی للإجبار إذ لا حق له فی ذلک قبل وصول الوقت فضلا عن وجوب الإجبار و بعد وصوله فإذا کان وقت الأداء باقیا أیضا لا وجه لجواز الإجبار أو وجوبه لوسعه الوقت و إذا خرج الوقت فقد فات الوقت و ثبت الخیار فأیضا لا یبقی مجال للإجبار کما هو واضح.

و علی الجمله بعد السبر و التقسیم و التفتیش لا نری وجها لکون الخیار مشروطا بعدم التمکن من الإجبار أو وجوبه بعد التمکن منه، نعم إذا اشترط فعل فی ضمن العقد کالخیاطه و نحوها فأمکن اعتبار هذا الشرط فیه لعدم کون الخیار من حیث الزمان.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۵۴۹

أما ما ذکره المصنف من الوجه الأول فهو متین، فإنه لا معنی لذکر جمیع شرائط خیار تخلف الشرط فی المقام، بل لها مورد آخر قد تقدم الکلام فی ذلک فاعتبار عدم التمکن من الإجبار أو وجوبه مع التمکن منه فی ثبوت خیار التأخیر الذی من مصادیق خیار تخلف الشرط لا وجه له یعنی لا مورد له هنا، بل مورده محل آخر.

و أما ما ذکره صاحب الجواهر فهو أیضا حسن، فإنه نبّه علی أن هذا الشرط موجود فی موارد خیار تخلف الشرط و هذا المورد منها فیعتبر فیه ذلک أیضا و هو تنبیه حسن، و لکن الکلام فی أصل اعتبار هذا الشرط و أن الخیار واقع فی طوله.

و قد تقدم فی مورده أنه لا دلیل علی هذا الشرط بداهه أن خیار تخلف الشرط ثابت علی فرض التخلف بالشرط الضمنی المعتبر فی العقد عند التحقق و لا شبهه أنه لم یقید هذا الشرط من حیث کونه تخلفه موجبا للخیار لم یقید بالتمکن من

الإجبار و وجوبه معه، بل بمجرّد أن المشروط عليه تخلف عن العمل بالشرط ثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط كما هو واضح.

و أما ما ذكره ثانيا فلا يمكن المساعده عليه، فإنه لو صح لجرى فى جميع الشروط أيضا حتى الخياطه و الكتابه و نحوهما فإنه يقال انه لا معنى لاشتراط هذا الشرط أصلا فإنه قبل زمان الشرط لا معنى للإجبار و فى زمانه فالوقت موسع و بعد خروج الوقت لا يبقى مجال لذلك، أى للإجبار، بل يجرى ذلك فى الواجبات التكليفيه أيضا بعين ما ذكر.

و قد ذكر نظير ذلك الايروانى فى المحرمات و قد تقدم فى البحث عن حرمه الإعانه على الإثم من انه لا يتوجه النهى إلى المكلف قبل الاقدام بالحرام و بعده، قد فات محله فإنه بالنسبه إلى جرئه لم يشربها من الخمر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۵۰

لم يتوجه اليه التكليف و بالنسبه إلى جرئه شربها قد مضى وقت النهى فأيضا يكون توجهه اليه غير مقدور كما لا يخفى فافهم.

و كيف كان فلا مجال لما ذكره المصنف من الإشكال الثانى، بل المراد من اعتبار عدم التمكن من الإجبار فى ثبوت الخيار، و أنه مع التمكن منه لا يثبت الخيار أنه إذا وصل وقت الشرط و علم من المشروط عليه علائم عدم الوفاء بالشرط مع مضى مده من الوقت إذا كان الوقت موسعا و فى أول الوقت إذا كان مضيقا فإنه ح يجبر على الوفاء به، و هذا هو مرادهم من التمكن من الإجبار، و لكن الكلام فى أصل وجود الدليل على اشتراط هذا الشرط و قد عرفت المناقشه فى ذلك و قد تقدم تفصيل ذلك فى محله.

قوله: مسأله: يجوز اشتراط تأجيل الثمن مده معينه.

أقول: الكلام فى ضرب

المـده فى البيع المؤجل و كيفيه ذلك لا شـبهه فى انه لا بـدّ من ضـرب الأجل المعين فى البيع المؤجل و لو لم يعين الأجل كان ذلـك موجبـا لبطلانه للغرر المنفى بالنص و الإجماع بـداهه أن الغرر بمعنى الخطر و من الواضـح أن عـدم تعيين المـده فى البيع المؤجـل موجب للخطر فى المـال ضـروره أن مـاليه المبيع تختلف باختلاـف زيـاده المـده و نقصانهـا، حيث ان قيمه المبيع تزيد بزياده تأخير ثمنه و يقل نقصانه فلو باعه نسيه بقيمه رخيصه بزعم أنه يسلّم المشترى الثمن بعد عشره أيام و لم يسلّم إلى سنه فان ذلك من أوضح أفراد الغرر المنفى بالنص و الإجماع على تقدير تماميتهما.

و عليه فلا بدّ من ضـرب المده المعينه فى البيع المؤجل و قد اسـتدل المصـنف على اعتبار تعيين الأجل هنا بما ورد فى السلم من لزوم تعيين المـده فإن كان نظره من ذلك الى وجود الملازمه بينهما و تنقيح المناط القطعى بدعوى أنه نقطع بعدم الفرق بينهما، فإن الأجل فيهما على حد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۵۱

سواء و لا نحتمل الخصوصـيه فى السـلم فهو، و الّا فلا وجه لـذلك الاسـتدلال فان كل من السـلم و البيع المؤجل أمر مسـتقل فى نفسه، فلا يرتبط أحدهما بالآخر كما هو واضح.

ثم ان هـذه المده المعينه لا بدّ و أن لا يكون على مقدار كثير أوجب خروج الثمن عن الماليه و عدم اعتبار العقلاء الماليه لذلك كـاشتراط تأجيـل الثمن عشـره آلاف مليون سـنه فان العقلاء فى مثل ذلك لا يعتبرون الماليه للثمن، فمثل هـذه التأجيلات خارج عن مورد البحث كما هو واضح.

و توهم صحه ذلك بدعوى أن الأجل و ان كان طويلا و

لكن بـالموت يكون الثمن حالاـ توهم فاسـد، فـان حلول الثمن بـالموت من أحكـام البيع المؤجل فهو مترتب بالبيع الصـحيح فلا يمكن الحكم بصـحه البيع بهذا اللحاظ و قد فرضنا أن البيع مع قطع النظر عن لحاظ الحكم الشرعى فاسد لعدم اعتبار الماليه على الثمن.

ثم انه لا فرق فى الأجل المعين بين القصير و الطويل ما لم ينجر الى خروج الثمن عن الماليه فى نظر العقلاء كالفرض المتقدم، و لكن عن الإسـكافى أنه لا بدّ و أن لا يكون المده إلى ثلاث سـنين، و قد يستشهد له بالنهى عنه فى بعض الأخبار حيث جوّز فيها الامام عليه السـلام للسائل التأجيل فى المعامله مع أهل الجبل إلى سـنه و سـنتين و لم يجوّز ذلك الى ثلاث سنين، و لكن الظاهر أن النهى فى الروايتين ليس تحريميـا بحيث لاـ يجوز التـأخير إلى ثلاـث سـنين أو أكثر، بل إرشاد الى أن التأجيل مع أهل الجبل بمقـدار ثلاـث سـنين ينجر الى تلف المال و إنكارهم الثمن و مسامحتهم فى الأداء بحيث يوجب ذلك ذهاب رأس المال أيضـا فكأن السائل مشاور الامام عليه السلام فى ذلك فهو لم ير مصلحه فى معاملتهم التأجيل بهذا المقدار، كما لا يخفى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۵۲

ثم انه إذا ضـرب الأجل بمقدار لا يبقى المتبايعان الى هذه المده فى ذلك الأجل عاده كألف سـنه أو مائتين سنه مثلا فهل يصح ذلـك أو لاـ، فـذكر المصـنف أن فى الصـحه نظر من حيث خروج الثمن عن الانتفـاع به و من الأجـل المضـبوط و حلوله بموت المشترى، ثم اختار الثانى و قربه بأن ما فى الذمه و لو كان مؤجل الّا أنه مال يصح الانتفاع به فى

حياته بالمعاوضه عليه بغير البيع، بل و بالبيع أيضا كما فى التذكره ثم أشكل عليه بوجهين:- الأول: أن هذا الاشتراط لغو محض بداهه أنه يكون حالا بالموت فأى فائده لذلك.

و الثانى: أن الاشتراط المذكور و هكذا الشرط كلاهما مخالف للمشروع و للسنه بداهه أنه قد ثبت فى السنه أن الأجل يحلّ بموت المشترى و مرجع الشرط إلى أنه لا- يحلّ هو باق بعد الموت أيضا فإن المفروض أن الأجل أكثر من مده عمر المشترى فيكون الاشتراط و الشرط مخالفين للسنه فيكون الشرط فاسدا بل ربما كان مفسدا بناء على كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد.

و الجواب عن ذلك، أن كون الشرط مخالفا للمشروع أو غير مخالف له انما يلاحظ بالنسبه إلى العقد الصحيح لا بلحاظ حكم العقد و بعد الفراغ عن العقد، و فرض تحققه فى الواقع صحيحا يترتب عليه الحكم كما هو واضح.

و على هذا فلا يكون اشتراط التأجيل بالمده المزبوره مخالفا للمشروع إذا لم تكن المده بحيث توجب عدم اعتبار العقلاء الماليه للثمن و أما مجرّد كون التأجيل بمقدار يعلم عاده عدم بقاء المتبايعين الى هذه المده لا يوجب بطلان المعامله و كون الشرط مخالفا للمشروع، بل يعتبرون العقلاء الماليه للثمن، و يترتب عليه آثار المال و يعاملون عليه المعاملات و الّا فلازم ذلك أن يكون جل المعاملات المشروط فيها التأجيل باطلا و لو كانت المده

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۵۳

قليله إذا مات المشروط عليه قبل وصول الأجل و صار الثمن حالا فإنه يكشف بذلك أن الشرط المذكور كان مخالفا للشرع كما هو واضح.

و من هنا ظهر أن هذا الاشتراط ليس بلغو أيضا، فإن اللغويه انما تكون إذا كان لحاظ الشرط باعتبار

الحكم، و قد عرفت أنه يلاحظ مع قطع النظر عن الحكم و فى العقد الصحيح و بعد تحقق العقد صحيحا يترتب عليه الحكم كما هو واضح، و ذكرنا ان هذا الاشتراط فى نفسه ليس بلغوا أصلا ما لم يكن منجرا الى عدم اعتبار العقلاء الماليه للثمن و الّا فمجرّد بعد الأجل و كونه زائدا عن وقت العمر لا يجعل الشرط لغوا.

و دعوى كون هذا الشرط مجهولا من حيث عدم العلم بوقت الموت ليكون حالا و موجبا لبطلان العقد من جهه الغرر كما توهم دعوى فاسده.

بداهه أن الشرط أمر مضبوط و أنه فى نفسه صحيح يعتبر العقلاء معه الماليه للثمن، فلا وجه للحاظه الى وقت الموت، ليكون مجهولا و موجبا لغرريه المعامله كما هو واضح، إلّا إذا كانت المده المشروطه من أصلها مجهوله فهو أمر آخر قد تقدم الكلام فى ذلك، و كونه موجبا للغرر و بطلان المعامله آنفا.

ثم ان المناط فى تعيين المده هل هو تعيينها فى نفسها بحيث يكون معينا فى الواقع و عند أهل العرف سواء علم بذلك المتعاقدان أم لا يعلما بذلك، أو لا بدّ من علم المتعاقدين بذلك، أو لا بدّ مع اشتراط علم المتعاقدين من اشتراط علم عادلين بالأجل من غيرهما و لكن الظاهر هو اشتراط علم المتعاقدين فى صحه العقد المؤجل إذ لا يرتفع الغرر بدونه فلو باع شيئا بمتن مؤجل إلى النيروز و هو عيد الفرس أو المهرجان و هو عيد آخر لهم، و لكن لا يعلم كل من المتعاقدين أن النيروز بعد شهر أو بعد سته أشهر، و كك المهرجان فان ذلك يوجب الغرر البيّن بداهه أن بعد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۵۴

الأجل و قربه

دخل فى زياده ماليه المبيع و نقصانه، فيكون ذلك خطرا فى ماليه المبيع، بلا شبهه كما هو واضح فيكون البيع باطلا و ان كان ذلك معلوما فى الواقع و عند الأشخاص الآخرين، فان ذلك لا يرفع الغرر، و قد يتوهم قياس المقام بأوزان البلد حيث انهم ذكروا كفايه الشراء و البيع بأوزان البلد المضبوط فى نفسها و ان لم يعرف المتعاقدين مقدار الوزن تفصيلا، و لكنه واضح البطلان بداهه أن الحكم غير مسلّم فى المقيس عليه أيضا و تسليمه فيه أحيانا من جهه ارتفاع الغرر المشاهده و نحوه و الّا المقيس و المقيس عليه داخلان تحت أصل واحد و أن جهل المتعاقدين يوجب الغرر الموجب لبطلان البيع على أنه لو كان معلوميه العوضين أو الأجل فى الواقع كافيا فى صحه البيع و ارتفاع الغرر لزم الحكم بصحه كل ما هو مجهول عند المتعاقدين و معلوم عند اللّه من العوضين أو الأجل فى البيع أو الشروط الأخر غير شرط التأجيل مع أنه واضح البطلان على أنه يلزم أن يكون النهى الوارد عن بيع الغرر بلا مورد، فإنه ما من بيع مهول بالأجل إلّا فهو معلوم كما عرفت، و من هنا ظهر بطلان توهم كفايه العلم فى صحه البيع المؤجل من غير المتعاقدين، و أما الاحتمال الثالث فهو محكى عن الشافعى و لعله من جهه قطع الترافع إذا وقع النزاع بين المتبايعين و لكنه أيضا واضح الفساد بداهه ان قطع الترافع لا ينحصر بذلك، بل يمكن بالحلف أيضا كما هو واضح.

قوله: مسأله: لو باع بثمن حالا و بأزيد منه مؤجلا.

اشاره

أقول: إذا باع أحد متاعه بثمنين على تقديرين بأن يكون ثمن عشره على تقدير كونه حالا و عشرون على تقدير كونه مؤجلا، فهل يصح ذلك أم

لا تحقيق الکلام هنا يقع فی مقامين:- الأول: من حيث القواعد.

و الثانی: من حيث الروايات.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۵۵۵

أما المقام الأول [من حيث القواعد]

اشاره

فلا بدّ من بيان المراد من هذا البيع و تصويره و أنه کيف يکون بيع واحد بثمنين فنقول أن هذا البيع يحتمل وجوها:-

الأول: أن يکون المراد من ذلک أن البائع قد باع ماله علی تقدير أن يکون البيع مؤجلا، يکون ثمنه عشرون

و علی تقـدير أن يکون حالا يکون ثمنه عشره، و يقبل المشتری علی هـذا النحو و يقول قبلت کـذلک، من غير أن يکون الثمن أحدهما المعين أو أحدهما المخيّر مع کون البيع منشأ جزما و هذا لا شبهه فی بطلانه.

و وجه البطلان أن البيع مبادله مال بمال بحيث إذا خرج المثمن من ملک البائع فيدخل المبيع فی ملک المشتری، و يدخل الثمن فی ملک البائع مکان المثمن، و لا يمکن ذلک الّا بتملک کل من المتبايعين من الآخر بالبيع بـدل ما يملکه للآخر و لا شـبهه أن البائع لم يتملک فی هـذه الصوره أی مع کون الثمن مرددا بين أمرين مشـيئا أصـلا، إذ لا واقعيه للأمر المردد حتی فی علم اللّه و حيث لاـ واقعيه للأـمر المردد الـذی جعل ثمنا فی البيع فبأی شـی ء يملک البائع حتی يکون ذلک مکان ماله و هو المبيع، و اذن فمفهوم البيع أصلا غير صادق علی هذه الصوره.

و علی الجمله هذه الصوره خارجه عن البيع بثمنين إذ لا معنی لاختلاف العلماء فی ذلک أصلا بعد کونها باطله قطعا.

الثانی أن يراد من البيع بثمنين التعليق

بـأن يقول بعتـک هـذا المتاع ان کان الثمن نسـيه بعشـرين و ان کان نقـدا بعشـره، و يقبله المشتری کک بحيث بأن البائع ينشـئ بإنشاء واحـد بيعين و يکون الإنشاء واحـدا و المنشأ و هو البيع اثنين، و المشتری أيضا يقبله کـذلک و الفارق بين هـذه الصوره و الصوره الاولی أن البيع فی الصوره الأولی قـد أنشأ جزما و لکن الترديـد فی الثمن بخلاف هذه الصوره فإن البيع لم ينشأ منجزا و انما أنشأ معلقا، و

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۵۵۶

المشتری أيضا قبل ذلک، هکذا فبعد القبول ان أعطی الثمن

نقدا يكون الثمن عشره و ان لم يعطى نقدا كان الثمن عشرون فيعطيه مؤجلا، و لا شبهه أن التعليق فى العقود ليس مستحيلا فى نفسه ليكون باطلاـ من هذه الجهه و انما هو باطل للإجماع، فإن قلنا بشمول الإجماع لذلك فيحكم بالبطلان و الّا فلا، كما هو المحتمل إذ بطلان البيع بثمنين مورد الخلاف للعلماء، فليس هنا إجماع و سيأتى الكلام فى صحه الإجماع و بطلانه من جهه هذه المخالفه.

و يحتمل بعيدا أن يراد التخيّر بأن يبيع البائع المتاع بأحد الثمنين على التقديرين بحيث ينشئ البيع منجزا و يكون الترديد فى الثمن لا على نحو لا يكون له واقعيه كما فى الصوره الأولى ليكون البيع باطلا، بل يملك المثمن للمشترى و يتملك منه الثمن و هو أحد الثمنين و لا شبهه أن عنوان أحدهما له واقعيه كالواجب التخييرى كما هو واضح، الّا أن هذا بعيد فلا يمكن حمل كلام الفقهاء و حمل الروايات الوارده فى المقام على ذلك.

و الثالث: أنه يمكن أن يراد من هذا البيع البيع المؤجل، المنجز دون المعلق

و لكن يكون لتقدير الآخر و هو كون الثمن نقدا شرطا فيه بأن يبيع البائع المتاع من المشترى بعشرين إلى سنه أى يشترط المشترى على البائع فى ضمن العقد التأجيل و أيضا يشترط عليه شرطا آخر و هو أنه إذا أعطى الثمن نقدا أن يكون عشره بأن ينزل من العشرين إلى العشره.

و بعباره أخرى يشترط المشترى على البائع النزول على تقدير و لا شبهه فى جواز هذا الاشتراط و صحته فان النزول جائز بدون الاشتراط فلا بأس بإتيانه تحت الإلزام بالاشتراط و إذا أريد من البيع بثمنين هذه الصوره فلا شبهه فى صحه ذلك، و لكن ذلك مخالف لصراحه الروايات بداهه أن موردها و كك مورد كلمات

الفقهاء هو البيع بثمنين و هذا الشق ليس من البيع بثمنين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۵۷

بداهه أن الثمن هنا واحد و هو عشرون و أما كفايه إعطاء العشره على تقدير أن يعطيه نقدا ليس من جهه كونه ثمنا آخر، بل هو من جهه اشتراط النزول، و لا شبهه أن باب الشروط خارج عن ما نحن فيه كما هو واضح.

و ان كان المراد عكس هذه الصوره بأن يبيع نقدا بعشره و لكن اشترط على المشترى أنه إذا لم يرد الثمن نقدا أن يعطى بعشرين و هذا مضافا الى كونه خارجا عن البيع بثمنين كما عرفت فى عكسه أنه بيع ربوى فيكون محرما و لعل من أفتى بحرمه البيع مع التزامه بالصحه حمل الروايات على ذلك مراده هذه الشق كما هو واضح. و لكن قد عرفت خروج ذلك عن مورد المسأله.

ثم انه إذا كان اشتراط زياده الثمن على فرض التأخير كاشتراطا للرباء الذى هو شرط فاسد فهل يكون بعد فساده للبائع حق مطالبه الثمن قبل الأجل و معجلا- أو ليس له ذلك، ربما يقال بلزوم الأقل و يكون التأخير جائزا من طرف المشترى و لازما من طرف البائع لرضاه بالأقل، فالزياده ربا و لذا ورد النهى عنه، و هو غير مانع من صحه البيع، و قد ذهب الشهيد الى ذلك فى الدروس و استقر به و أشكل عليه المصنف بان الزياده ليست فى مقابل الأجل إسقاط البائع حقه من التعجيل الذى يقتضيه العقد لو خلى و طبعه و الزياده و ان كانت ربا كما سيجى ء الّا أن فساد مقابلتها لا يقتضى فساد إسقاط البائع حق مطالبته الثمن إلى أجل خاص كما احتمل ذلك فى حق

القصـاص بعبـد يعلمـان اسـتحقاق الغير له أو حرمته، بـل قـال فى التحرير بـالرجوع إلى الـديه و ح فلاـ يسـتحق البائع الزياده و لا المطالبه قبل الأجل لكن المشترى لو أعطاه وجب عليه القبول إذ لم يحث له بسـبب المقابله الفاسـده حق فى التأجيل حتى يكون له الامتناع عن القبول قبل الأجل و انما سقط حقه فقط عن التعجيل.

أقول: يرد عليه أن جواز مطالبه البائع حقه من المشترى الثمن ليس

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۵۸

من قبيـل الحقوق حتى يقبـل الإسـقاط بإسـقاطه فى مقابـل العوض ليتوهم بقـاء الاسـقاط، و ان بطلت المقـابله، بل هو حكم من الأحكام الشـرعيه الغير القابله للإسـقاط، و لا يقاس ذلك بحق القصاص فإنه حق قابل للإسقاط و عليه فيجوز للبائع مطالبه الثمن قبـل وصول الأجـل، بـل يجب للمشترى أن يعطيه إيـاه أيضـا و ان له يطـالب إذا لم يعلم بكون البائع راضيا بالتأخير و ذلك لأن التصـرف فى مـال الغير و إبقـائه عنـده بـدون رضـاه حرام فلاـ يحـل ذلـك الّا بطيب نفسه، و المفروض أنه لم يحرز طيب نفسـه بالإبقاء، فيجب الأداء كما لا يخفى، فافهم.

إذا عرفت هـذه الشـقوق فعلمت أن مورد البحث و محط الروايات و محلها هو الشق الثانى بداهه أن الفرضـين الأخيرين خارجان عن البيع بثمنين و الفرض الأول خارج عن مفهوم البيع و التأخير فيثبت الشق الثانى و هو التعليق و هو نفسه لا محـذور فيه، و لكن الإجماع قائم على بطلانه فى العقود، الّا أن يقال بعدم وجود الإجماع فى المقام لوجود القول بالصحه و لا يضر خلافهم بالإجماع هذا كله بحسب القواعد.

و أما بحسب الروايات

فالمستفاد من بعض الروايات صحه ذلك البيع و لكن على نحو خاص

ففی روایه محمـد بن قیس أنه قـال أمیر المؤمنین (ع) من باع سلعه و قال ثمنها کـذا و کـذا یـدا بیـد و ثمنها کـذا و کـذا نظره، فخذها بأی ثمن شئت. فإن الظاهر من هذه الروایه هو صحه ذلک البیع و أنه صفقه واحده و لکن لا تعرض فی ذلک لکون البیع مؤجلاـ علی تقـدیر أن یعطیه المشتری بثمن نقـد، بـل حکم الامـام علیه السـلام علی نحو الإطلاق بالأخـذ بقوله فخـذها من غیر تعرض فیها لعدم جواز مطالبه البائع الثمن الی آخر الأجل، إلّا بعد و عدم جوازه کما هو واضح، هذه هی الروایه الأولی.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۵۵۹

الثـانیه: روایه السـکونی عن جعفر عن أبیه عن آبائه أن علیّا علیه السـلام قضـی فی رجل باع بیعا و اشترط شـرطین بالنقـد کـذا و بالنسـیه کـذا، فأخـذ المتاع علی هـذا الشـرط، فقال هو بأقل الثمنین و أبعـد الأجلین فإن هـذه الروایه أیضا تـدل علی صـحه البیع بثمنین، و لکن مقیدا بکون الثمن هو الأقل و کون الأجل هو الأبعد فقد تعرضت هذه الروایه بالمده أیضا و أن البائع لیس له حق المطـالبه الی أن یصـل الأجـل الأبعـد و اذن فلاـ مـانع من الاـلتزام بصـحه الـبیع بثمنین علی هـذا النحو الـذی اسـتفدناه من روایه السـکونی فإن کانت الروایتین معتبرتین کما حکم الشـیخ باعتبار الاولی و السـید باعتبار الثانیه فبها و لا بـدّ من الرجوع الی سـند الروایتین خصوصا الأخیره، لأنها هی العمده فی المقام، و الّا فلا بد من الرجوع الی مقتضـی القواعد و قد تقدم الکلام فی ذلک، و قلنا أنه لا إشکال فی هذا البیع من غیر ناحیه التعلیق و هو مجمع علی بطلانه

فی العقود و ان لم یکن فیه محذور فی نفسه.

و توهم عدم وجود الإجماع فی المقام لوجود القائل بالصحه توهم فاسد فانا نعلم قطعا أن القائل بالصحه قد اعتمد علی الروایه و بعد ضعف الروایه فلا مدرک له فیکون الإجماع تماما و مخالفه القائلین بالصحه غیر مضره کما هو واضح.

و أما الروایات الناحیه عن البیع بثمنین و الآمره بتعیین الثمن فهی محموله علی الکراهه بقرینه ما تقدم من الروایتین، روایتی محمد بن قیس و السکونی الدالتان علی جواز البیع کذلک و تعیّن الثمن الأقل و الأجل البعید کما هو واضح.

ثم انه بناء علی العمل بروایتی السکونی و محمد بن قیس الدالتان علی جواز المبیع المذکور و لکن علی النحو الخاص یلزم أن لا یکون العقد تابعا للقصد فإن البائع قد أنشأ البیع بثمن خاص علی تقدیر و بثمن آخر علی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۵۶۰

تقدیر آخر و روایه السکونی دلت علی إمضائه بأقل الثمنین و بأبعد الأجلین فهو غیر مقصود للمتبایعین فما هو مقصود لم یقع و ما هو واقع غیر مقصود.

و فیه أنه لا محذور فی الالتزام بذلک بعد دلاله الروایه علیه تعبدا کما وقع نظیره فی عقد المتعه فإنه مع عدم ذکر الأجل انقلب دائما بناء علی عدم إفادتهما الملک فإنه مقتضی الجمع بین الدلیلین هو حصول الإباحه الشرعیه کما ذهب الیه صاحب الجواهر و کیف کان بعد دلاله الروایه فی المقام علی الحکم المذکور لا یکون تخلف العقد عن القصد فیه محذور أصلا انتهی کلامنا الی البیع شی ء بثمنین معجلا بکذا و مؤجلا بکذا.

و قد وردت هنا روایات فطائفه منها تدل علی المنع و أنه نهی النبی صلی اللّه علیه

و آله و سلم عن البيع بثمنين معجلا بكذا و مؤجلا بكذا و طائفه أخرى تدل على الجواز كروايه السكونى، و لكن رموا روايه السكونى على الضعف و لأجل ذلك استشكلوا فى صحه ذلك البيع، و لكن ذكر فى الحدائق أن دليل الصحه ليس منحصرا بروايه السكونى لترمى بالضعف و نحكم بعدم جواز مثل هذا البيع، بل هنا روايتان عن محمد بن قيس أحدهما صحيحه و هى ما روى عن طريق الفقيه و الثانيه حسنه كالصحيحه و هى ما روى عن طريق الكافى و هاتان الروايتان تدلان على أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى فى مثل هذا البيع بأقل الثمنين و بأبعد الأجلين و لذا عبر الشيخ (ره) فى المتن عن روايه محمد بن قيس بالمعتبره.

و كيف كان فلا إشكال فى الروايه من حيث السند و انما الكلام فى دلاله ذلك و المحتمل فى دلالتها و ان كان كثيرا و لكن القريب الى الذهن منها وجهان:- الأول: أن يكون غرض الامام عليه السلام من البيع بثمنين بيع متاع بثمن لعشره دنانير معجلا، و لكن يشترط البائع على المشترى كون الثمن

عشرون دينارا على تقدير التخلف فى الأداء عن المده المؤجله فيكون الزائد فى مقابل المده الزائده كما هو واضح، و حيث كان هذه الزياده رباء و هو حرام، فحكم الامام عليه السلام بلزوم البيع بأقل الثمنين و بأبعد الأجلين.

و لكن يرد على هذا الوجه أن شرط الربا من الشروط الفاسده المخالفه للكتاب و السنه فلا يكون نافذا و عليه فلا يكون البائع ملزما بتأخير الثمن إلى أبعد الأجلين فحمل الروايه على هذا الوجه مشكل من هذه الجهه، بل مقتضى

حملها على هـذا أن لا يجوز للمشترى تأخير الثمن الى هـذه المده المضـروبه و يجوز للبائع أن يطالب الثمن معجلا و قبل وصول المده المضروبه لأن التصرف فى مال غيره بدون اذنه غير جائز و كيف يجوز للمشترى أن لا يعطى مال الغير بدون رضاه كما هو واضـح. و لأجل هـذا الاشـكال قـد وجّه المصـنف هـذه الروايه بأن البائع قد أسـقط حق مطالبته بهذا الاشتراط و ان كان الشـرط فاسدا و لكن فساد شـرطه لا يضـر بإسـقاطه حقه كما يسقط حق القصاص بمصالحه ولى الدم حقه بعبد يعلمان استحقاق الغير له أو كونه حرا و فى المقام أيضا كذلك فان فساد الشرط لا يضر بالإسقاط.

و لكن مـا أفـاده المصـنف (ره) ليس بتمـام من جهه أن حـق القصـاص و ان كـان أيضـا حكمـا شـرعيا و لكنه حـق من الحقوق المصـطلحه لأنه يقبل لإسـقاط بالكتاب و السـنه و هذا بخلاف حق المطالبه، فإنه حكم شـرعى غير قابل للإسقاط حتى لو أسقطه لم يسـقط، بـل له أن يطـالب حقه بعـد ذلـك، نعم له أن لاـ يطـالب حقه و يرضـى بتأخير حقه، و ح فلا يجب للمشترى المبادره بالأداء، و أما مع عدم الرضاء فلا يجوز له التأخير لما عرفت من أن التصرف فى مال غيره بدون اذنه حرام.

و التحقيق أن تحمل الروايه على الوجه الثانى الذى هو مورد النقض

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۶۲

و الإبرام فى المقام حيث نفاه بعضهم و أثبته آخر، و هو أن يقال أن المراد بالروايه هو التعليق حيث ان البائع قد أنشأ بإنشاء واحد بيعين على تقديرين يعنى على تقدير كون الثمن معجلا أنشأ بيعا و على تقدير كونه مؤجلا أنشأ

بیعا آخر، فهنا بیعان معلقان بثمنین علی تقدیرین و لا محذور للالتزام بذلک الّا التعلیق الذی باطل فی العقود إجماعا، الّا أنه لیس هنا إجماع و ذلک لاختلاف العلماء و فی ذلک حیث حکم جمع بالبطلان و حکم جمع آخر بالصحه فلا یکون المقام مشمولا للإجماع، و علیه فلا بأس بحمل الروایه علی إمضاء ذلک البیع التعلیقی و لکن علی نحو خاص بأن یکون الأجل من أحدهما و الثمن من الآخر، حیث قال یمضی بأقل الثمنین و أبعد الأجلین.

و لکن أشکل الأردبیلی علی الروایه بأنها مخالفه للقواعد العقلیه و الشرعیه فإن مقتضی القواعد هو أن یکون البیع واقعا علی النحو الذی إنشائه المتبایعان و المفروض أن الروایه تدل علی صحته غیر الشکل الذی أنشأه البائع، و قد دلت الأدله الشرعیه و القواعد العقلیه علی حرمه التصرف فی مال غیره بدون اذنه، و طیب نفسه و المفروض أن المنشئ اعنی البائع لا یرضی بالتصرف فی ماله بغیر ما أنشأه و اذن فتکون الروایه مخالفه لتلک القواعد العقلیه و الشرعیه فتسقط عن الحجیه و یرجع علمها إلی أهلها.

و ما ذکره الأردبیلی متین جدا، فان القواعد العقلیه و الشرعیه تقتضی ذلک و لکن لیست تلک القواعد من القواعد التی تکون غیر قابله للتخصیص و اذن فلا مانع بتخصیصها بهذه الروایه الصحیحه فإنها تدل علی جواز التصرف فی مال غیره إذا أنشأ بیع ماله علی هذا الشکل، فالشارع رغما لأنفه حکمه بإمضاء علی غیر الشکل الذی أنشأه و أخبر عنه أی إمضاء الشارع الامام علیه السلام، بل وقع نظیره کثیرا کإذن الشارع فی أکل مال غیره فی المخمصه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۵۶۳

و حکم الشارع بعدم الملکیه

فی بیع الصرف و السلم الی زمان القبض و غیر ذلک من الموارد فان ذلک کله حکم بالتصرف فی مال الغیر علی خلاف قصد المالک و کک حکمه بدوام العقد مع قصد الانقطاع.

و علی الجمله أن الروایه الصحیحه إذا دلت علی حکم تعبدی یکون تخصیصا للقواعد و تبعیه العقود للقصود لیست من الاحکام التی تکون غیر قابله للتخصیص کما هو واضح.

فما ذکره الأردبیلی لا یمکن المساعده علیه و ان کان متینا فی نفسه.

نعم، لا یعقل تخلف العقد عن القصد إذا أمضی الشارع غیر المنشأ بحیث یکون حکمه بعنوان الإمضاء لا بعنوان الحکم المولی بحیث یکون إنشاء المنشئ موضوعا لحکم الشارع کما هو واضح.

ثم انه ان کانت الروایات الداله علی المنع معتبره فلا بدّ من حملها علی الکراهه لأنها ظاهره فی التحریم و ما یعارضها أعنی روایه محمد بن قیس صریحه فیه فیرفع الید بنص هذه الروایه عن ظهور روایه المنع فتحمل علی الکراهه کما هو واضح، و یمکن حملها علی وجوه أخر غیر الکراهه و قد ذکرها فی الحدائق.

ثم هل یمکن التعدی من مورد الروایه الی ما یکون البیع بثمنین علی تقدیرین بحیث یکون کل تقدیر منهما مؤجلا لا أحدهما مؤجلاـ و الآخر معجلاـ غایه الأمر یکون الثمن بالنسبه إلی الأجل القلیل أقل و بالنسبه إلی الأجل البعید أکثر، و قد جعل فی الحدائق هذا الفرع ملازما للفرع الأول و موردا لحکم الفقهاء بالصحه ان حکموا بصحه الفرع الأول و بالفساد ان حکموا بفساد الفرع الأول، و لکن الظاهر أن هذا الفرع بعید عن الفرع الأول، و أن الامام علیه السلام قد حکم فی الفرع الأول بالصحه علی خلاف القواعد تعبدا فلا بدّ من الاختصار

بموردها و التعدى من ذلك الى غيره قياس فلا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۶۴

نقول بحجيته، و اذن فلاـ بـدّ امـا من الحكم بالبطلاـن فى الفرع الثـانى للإجماع على بطلان التعليق أو الحكم بالصـحه على النحو الذى أنشأه المنشئ أعنى البيع بثمنين إلى أجلين إذا لم يكن هنا تعليق لا الحكم بصحه البيع بأقل الثمنين و بأبعد الأجلين كما هو واضح.

و الظاهر هو البطلان لعدم وجود الاختلاف هنا و ان زعم صاحب الحدائق الملازمه بين الفرعين و نسبه إليهم ذلك و كيف كان فالميزان هو ما ذكرناه، فافهم.

قوله: مسأله: لا يجب على المشترى دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل.

اشاره

أقول: من جمله أحكـام المؤجـل أنه لاـ يجب على المشترى أن يـدفع الثمن إلى البائع قبل حلول الأجل، سواء طالب البائع أم لم يطالب و هذا إجماعى على أن ذلك فائده الاشتراط كما هو واضح.

ثم انه إذا تبرع المشترى بدفعه هل يجب على البائع قبوله أم لا؟

الظاهر هو الثانى، بل لا خلاف فيه بين الأصـحاب، بل عن الرياض دعوى الإجماع عليه و فى باب السـلم من جامع المقاصد نسبه الخلاـف فى ذلـك الى بعض العـامه و لكن الظـاهر أن المقام ليس مما يكون مورد الإجماع التعبـدى فإن الأمر فى المقام يـدور مـدار الاـشتراط و عـدمه و على كل تقـدير فيتبع حكمه و عليه فلعل القائل بعـدم الوجوب قـد لاحظ كون الشـرط من البائع على المشترى أيضـا بـان لا يسـلم الثمن قبل الأجل و الّا فلو كان الاشتراط من خصوص المشترى على البائع فلا مناص يجب للبائع أن يقبل الثمن لأنه ماله و لا يجب للمشترى حفظ مال شخص آخر، و من هنا ظهر فساد ما ذكره العلامه من تعليل عدم الوجوب بأن فى ذلك منه على

البائع فإن التعجيل كالتبرع بالزياده و وجه الظهور أن التعجيل انما هو بحسب القواعد و ليس

فيه منه، بل إيصال حق الغير اليه بخلاف إعطاء الزياده فإن فيه منه كما هو واضح.

(أقول: لعل كلام العلامه مبنى على الفرع الثانى من الشرط لا يسقط بالإسقاط و ح يكون التعجيل تبرعا و تكون فيه منه على البائع إذ فى التبرع منه مع وجود الحق للمشترى، نعم إذا قبل ذلك الاسقاط كما هو كذلك فلا منه مقرر) و عليه فلا بدّ من التكلم هنا فى بيان ذلك من ناحيه مقامى الإثبات و الثبوت فنقول

أن الاشتراط التأخير بحسب مقام الثبوت يتصور على وجوه:

الأول: أن يكون الشرط لخصوص المشترى

بأن يشترط المشترى على البائع أن لا يكون للبائع حق المطالبه إلى أجل خاص و ح فلو تبرّع المشترى و أعطى الثمن قبل و حصول الأجل لوجب على البائع قبول ذلك لأنه ماله و ليس له حق أن لا يقبل لعدم اشتراطه على المشترى ذلك، بل الغرض من اشتراط التأخير هو التوسعه على المشترى فقط و على هذا يترتب فساد ما ذكره العلامه من أنه لا يجب للبائع قبول ذلك لأن فيه منّه فإنه أى منّه فيه فى ذلك بعد ذلك بعد ما كان غرض المشترى إيصال مال البائع اليه.

الثانى: أن يكون الشرط من ناحيه البائع على المشترى

بأن يشترط البائع على المشترى أن لا يسلم الثمن الّا بعد مده خاصه كما إذا كان فى بلد أخرى غير بلده و باع متاعا و يخاف من أخذ ثمنه أن يسرقه السارق فان الحق هنا للبائع فقط فليس للمشترى أن يسبق الى دفع الثمن و يدفعه إلى البائع قبل الأجل فإنه على خلاف اشتراط البائع على المشترى.

الثالث: أن يكون الاشتراط من كل من الطرفين على الآخر

و قد ظهر حكمه من القسمين المتقدمين هذا بحسب مقام الثبوت.

و أما فى مقام الإثبات فالظاهر هو القسم الأول مع عدم القرينه على القسمين الأخيرين، فإن المرتكز بحسب عامه الناس و المتعارف عندهم أن

الغرض من الاشتراط انما هو التوسعه على المشترى للتهيئه إلى أداء الثمن و من هنا لو تبرع المشترى بأداء الثمن و أعطى الثمن للبائع وجب له القبول إذ لا يجب للمشترى حفظ ماله و لا أن للبائع أن يمتع عن قبوله لما عرفت أنه ليس له حق فى ضرب

الأجل و من هنا ظهر الجواب عما احتمله المصنف من أن التأجيل كما هو حق للمشترى يتضمن حقا للبائع من حيث التزام المشترى لحفظ ماله فى ذمته و جعله إياه كالودعى، فإن ذلك حق عرفا كما ظهر ما ذكره من ابطال توهم اختصاص الحق بالمشترى و أيضا عرفت جواب ما ذكره العلامه فيما تقدم، فإنه لا منّه فى إعطاء حق البائع له، إذ ليس هو الّا مجرد إعطاء الحق و عليه فلا يجوز للبائع عدم القبول و لا يقاس ذلك بإعطاء الزائد عن الثمن فان فى ذلك منّه فلا يجب عليه قبوله كما هو واضح.

و اذن فما ذكره بعض العامه هو الصحيح هذا كله فى أصل ثبوت الحق و

جعله و أنه بأى كيفيه جعل.

ثم إذا أسقط المشترى حقه أى حق تأخير الثمن إلى أجل خاص فهل يسقط هذا أو لا يسقط؟

و قد ذكر فى التذكره أنه لو أسقط المديون أجل الدين مما عليه لم يسقط و ليس لصاحب الدين مطالبته فى الحال و علله فى جامع المقاصد بأن التأجيل انما ثبت بعقد لازم فلا يسقط بالإسقاط إلّا بمثل الإقاله لارتباط الشرط بالطرفين.

و فيه أن الشرط و ان ثبت فى عقد لازم و لكنه حق لخصوص المشترى فقط، فيسقط بإسقاطه مع أنه لو كان ذلك أى الثبوت فى العقد اللازم وجها لعدم السقوط كان اللازم عليه أن لا يقبل سقوطه حتى مع الإقاله أيضا الّا أن تكون الإقاله فى أصل العقد، ثم ذكر أن فى الأجل حق لصاحب الدين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۶۷

أيضا و لذا لم يجب عليه القبول قبل الأجل و لذا يجوز لهما التقايل.

و فيه أن الصغرى ممنوعه فإنه ليس هنا الّا حق واحد مجعول للمشترى أعنى التأجيل و ليس فيه حق للبائع أصلا، بحيث يكون مشتركا بينهما لعدم الدليل عليه على أن وحده الحق الثابت للمجموع تتصور فى مثل ارث الخيار كما تقدم، و لكن لا يعقل هنا لأن أطرافه متعدده من جميع الجهات كما فى حاشيه بعض مشايخنا المحققين، فراجع و لعل المحقق الثانى لم يعتمد على الوجه الأول، بل على الوجه الثانى و لذا حكم بجواز الإقاله فى الوجه الثانى، فإن مقتضى الوجه الأول كما عرفت عدم جواز الإقاله بخلاف مقتضى الوجه الثانى فإنه يجوز الإقاله لكون الحق واحدا و مشتركا بينهما كما لا يخفى.

و يمكن أن يكون مراد جامع المقاصد من الوجه الثانى أن يكون لكل من البائع و المشترى حق مستقل لا أن هنا حقا واحدا مشتركا بينهما و ح

فيكون الجواب عنه هو المناقشه فى الصغرى أيضا و أنه لا دليل على جعل الحق على البائع أيضا و ان ذلك ممكنا فى مقام الثبوت كما لا يخفى، فافهم و ذكر العلامه (ره) هنا وجها رابعا و هو أن الأجل صفه تابعه و الصفه لا تفرد بالإسقاط و لهذا لو أسقط مستحق الحنطه الجيده الدنانير الصحيح الجوده لصحه لم يسقط.

و فيه أن الشرط لا يقاس مما ذكره من عدم إسقاط صفه الجوده و الصحه من المستحق لذلك فان ذلك الوصف تقييد فى المبيع فلا يمكن الإسقاط إلّا بالتراضى الجديد بأن تكون هنا معامله أخرى غير المعامله السابقه لأن ما وقع عليه البيع هو هذه الحصه الجيده أو الصحيحه و غيرهما ليس بمبيع أصلا، و معه كيف يمكن إسقاط صفه الجوده و الصحه بدون التراضى الجديد و المعامله الجديده و هذا بخلاف المقام، فان اعتبار التأجيل من الاشتراط

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۶۸

فيجوز لمن له الشرط أن يسقط ذلك لكونه حقا كما عرفت، و يجوز التبعيه لا تمنع عن الاسقاط.

نعم، لو كان اعتبار الجوده و الصحه فى المبيع من باب الاشتراط بأن وقع البيع على الحنطه المطلقه و على طبيعى الحنطه أو على طبيعى الدينار و اشترط المشترى الصحه فى ذلك، فان ذلك قابل للإسقاط فالمانع عن الإسقاط فى المقيس عليه هو كون الوصف قيدا فى المبيع و كون المبيع هو الحصه الخاصه لا أن التبعيه مانعه عن ذلك، و الّا لم يقبل شى ء من الشروط الاسقاط حتى بالتقايل أيضا لوجود الملاک المذكور و هو التبعيه كما هو واضح، مع أنه وقع الاتفاق على أنه يجوز الاسقاط بالتقايل مع أنه لو كان ما ذكره

العلامه تماما لا تصح الإقاله أيضا و أيضا لا شبهه أن بعض الشروط يقبل الاسقاط، بل لم يخالف فيه أحد ظاهرا كشرط الخياطه و نحوها، و لا شبهه أنه لا فارق بينما نحن فيه و بين شرط الخياطه كما هو واضح.

و قد انتهى الكلام إلى أنه

لو أسقط المشترى أجل الدين فهل يسقط حق المشترى أو لا يسقط،

فالمشهور بين العلماء أنه لا يسقط

اشاره

و ذكروا في وجه ذلك وجوها:

الأول: ما ذكره في جامع المقاصد أن التأجيل قد ثبت في العقد اللازم فلا يسقط بمجرد الاسقاط

و فيه أولا- أنه لا- حق هنا الّا لخصوص المشتري و هو يسقط بإسقاطه و بعده ليس للبائع حق بالنسبه إلى التأجيل حتى يسقط بالإسقاط، و ثانيا أنه لو كان ذلك غير قابل للإسقاط بإسقاط المشترى لم يكن قابلا له بالإقاله أيضا مع أنه كغيره يلزم سقوطه بالإقاله.

الوجه الثاني: أن الحق لكل من البائع و المشترى بحيث يكون لكل منهما حق مستقل

فإذا أسقط المشترى حقه لا- يسقط معه حق البائع، بل يبقى هو على حاله و هذا الوجه يمكن أن يكون مراد المحقق الثانى من الوجه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۶۹

الثانى فى كلامه من أن فى الأجل حقا لصاحب الدين، إلخ، و فيه أنه و ان يقبل الإقاله و لكن ذكرنا فيما سبق أنه لا دليل عليه فى مقام الإثبات و ان كان ممكنا فى مقام الثبوت على أن ثبوت حق للبائع أيضا لا يمنع عن سقوط حق المشترى كما هو واضح.

الثالث: أن الحق و ان كان واحدا و لكن قد ثبت ذلک الحق الواحد لكل من البائع و المشترى

و عليه فلا يسقط ذلك بإسقاط المشترى فقط و فيه أولا أن الصغرى ممنوعه إذ ليس هنا الّا حق واحدا ثابت لخصوص المشترى و ليس هنا حق للبائع أصلا لعدم الدليل عليه.

و بعباره أخرى أن هذا الحق ثابت بالاشتراط و هو انما بالنسبه إلى خصوص المشترى فقط كما هو الظاهر من المعاملات المؤجله حيث ان الغرض هو تسهيل الأمر على المشترى بتأخير الثمن كما هو واضح.

نعم بناء على هذا فأيضا يسقط ذلك بالإقاله كما التزم به المحقق الثانى أيضا، نعم يمكن الالتزام بذلك مع مساعده الدليل عليه كما التزمنا به فى ثبوت حق الخيار للورثه على القول به، فإنه ليس هنا الّا حق واحد ثابت لمجموع الورثه.

الرابعه: ما ذكره العلامه من أن الأجل صفه تابعه لا يفرد بالإسقاط

إلخ، و قد تقدم جوابه فراجع.

الوجه الخامس: ما ذكره المصنف (ره)

من أن الحق و ان كان واحدا و ثابتا لخصوص المشترى دون البائع و لكن مرجع التأجيل فى البيع الى أن البائع قد أسقط حق المطالبه و من الواضح أن الزائل لا يعود و عليه فإسقاط المشترى حق التأجيل و عدمه سيان من هذه الجهه كما هو واضح ثم قاس ذلك بأنه لو شرط فى العقد التبرى من عيوب لم يسقط هذا الشرط بإسقاطه بعد العقد بأن التزم بالصحه و لم تعد العيوب مضمونه كما كانت

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۷۰

مضمونه لو كانت بدون الشرط.

و فيه أولا: أن جواز المطالبه ليس من الحقوق ليسقط بالإسقاط، بل هو حكم شرعى لا يقبل الاسقاط كما تقدم سابقا و هل يتوهم أحد أنه إذا أسقط البائع حق مطالبه الثمن بعد البيع يسقط ذلك، بل له بعد إسقاطه أن يطلب الثمن أيضا و السرّ فى ذلك هو أن جواز المطالبه ليس من الحقوق المصطلحه من الأحكام الشرعيه غير القابله للإسقاط كما هو واضح.

و ثانيا: أن لازم ذلك أن لا يقبل الإقاله أيضا بأن لا يكون للبائع حق المطالبه حتى بعد الإقاله مع أن الفقهاء التزموا بجواز الإقاله كما هو واضح.

و ثالثا: أن التأجيل ليس الّا جعل الحق للمشترى على البائع فقط و أنه لا يجوز له المطالبه فى ظرف هذه المده فإذا أسقط المشترى حقه فبمقتضى تسلط الناس على أموالهم أنه يجوز للبائع المطالبه، بل يجب للمشترى رد ماله إليه، فإن التصرف فى مال الغير بدون اذنه حرام.

و رابعا: أنه لا وجه لقياس المقام بالتبرى عن العيوب، فان عدم سقوط التبرى بالإسقاط و التزام المتبرى بالصحه بعد العقد لا يستلزم عدم

سقوط اشتراط التأجيل، فإن عدم لزوم الالتزام بالصحه بعد العقد انما هو من أحكام العقد اللازم، فإنه بعد ما صار لازما لا يكون جائزا و المفروض أن البائع لم يلتزم بالعيب و التزامه بعد العقد لا يكون لازما الّا أن يكون هنا تراض جديد بين المتبايعين و هو أيضا غير مربوط بالعقد الأول.

و بعباره أخرى أن العقد قد وقع على المبيع الغير المقيد بكونه صحيحا الذى يعتبر فى ضمن العقد بحسب الارتكاز و يكون شرطا ضمنيا لأن البائع قد أسقط هذا الشرط بالتبرى عن العيب و تحقق العقد اللازم خاليا عن الشرط و بعد ما صار هذا العقد لازما فلا يمكن اشتراط شرط الصحه فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۷۱

ضمنه بعد لزومه و ان كان اشتراطه بالتراضى الجديد كما هو واضح، و هذا بخلاف المقام فإن المشترى، قد اشترط على البائع التأجيل و صار له حق عليه فله أن يبقى هذا الشرط و له إسقاطه و لذا تجوز فيه الإقاله و أما فى التبرى فلا يجوز فيه الإقاله أيضا، فإنه هل يتوهم أحد أنه إذا تبرى البائع عن العيب ثم أقال البائع مع المشترى فى إسقاط التبرى يكون اشتراط الصحه فى المبيع لازما و هذا واضح لا شبهه فيه فتحصل أن ما ذهب اليه المشهور من انه لا يسقط التأجيل بالإسقاط غير صحيح و ما ذكروه من الوجوه على ذلك غير تام

و ما ذهب اليه غير المشهور

و نسب الى بعض العامه من أنه يسقط بالإسقاط صحيح كما هو واضح على ما عرفت.

قوله: مسأله: إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حلّ وجب على مالكه قبوله عند دفعه إليه.

اشاره

أقول:

قد أشار المصنف (ره) فى هذه المسأله الى جهات من الكلام:

الجهه الاولى: انه إذا كان الثمن مؤجلا و حلّ أجله أو كان معجلا و أعطاه المشترى للبائع،

فهل يجب على البائع قبوله أم لا يجب عليه ذلك وجهان و لعل المشهور أنه يجب على البائع قبوله و قد اختار المصنف (ره) و استدل عليه بأن فى امتناع البائع عن القبول إضرارا و ظلما إذ لا حق له على من فى ذمته فى حفظ ماله فى ذمته.

أقول: الكلام هنا فى وجوب القبض مع الإقباض و لا كلام لنا فى أن القبض بأى شى ء يتحقق فلا يرد أنه إذا لم يقبل فالتخليه بين الثمن و البائع اقباض. إذا عرفت ذلك فنقول أن المراد من الضرر تاره يكون الضرر الخارجى و أخرى يكون الضرر الاعتبارى أما الأول فهو عباره عن النقص فى المال أو الأعضاء أو الاعراض و لا شبهه أن عدم قبول البائع الثمن لا يستلزم شيئا

من هذه الأمور فلا يكون هنا ضرر خارجى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۷۲

و أما الضـرر الاعتبارى و الشؤنى فنعم فإنه لو لم يقبل البائع الثمن لم تفرغ ذمه المشترى و يكون مـديونا و يعد بين الناس مديونا و يقـل بـذلك اعتبـاره بينهم و لا شـبهه فى أن هـذا ضـرر عليه و لكن الكلام فى أن انـدفاع هـذا الضـرر منحصـر بالإقباض ليقع المشترى بعدم قبول البائع الثمن على الضـرر الاعتبارى أو ليس بمنحصـر بذلك، و الظاهر أنه غير منحصـر به، بل يمكن دفعه أن يلقى بـالطريق أو يـدفعه الى الحـاكم أو يكـون عنـده أمـانه، نعم قبـوله الثمن موضوع لرفع الضـرر و من الواضـح أن إيجـاد هـذا الموضوع ليس بواجب.

و بعبـاره أخرى أن دليـل الضـرر انمـا يرفع الحكم الناشـى منه الضـرر و لاـ شـبهه أن الحكم الـذى ينشأ منه الضـرر انما هو حكم الشارع بلزوم دفع الثمن

إلی البائع فإذا امتنع البائع عن القبول یکون بقاء هـذا الحکم علی حاله ضـرريّا علی المشتری و من الواضح أن اندفاع هذا الضـرر لاـ ینحصـر بقبول البائع لیحکم بوجوبه علیه، بل کما یـدفع بوجوبه ککـ یـدفع ذلک بـدفعه الی الحاکم أو بإلقائه فی الطریق أو بجعله عند نفسه أمانه شرعیه کما هو واضح.

و توهم أن قبض الحـاکم لاـ یـدفع الإضـرار و الظلم و هکـذا بعزله و کون ضـمانه علی مـالکه توهم فاسـد کما عرفت و لا وجه لقیاس ذلک بمن یجب علیه بیع ماله لنفقه عیاله، فان الوجوب هنا باق علی حاله حتی مع قیام الغیر علی بیع ماله و صرفه فی نفقه عیاله، فإنه من جهه ما دل علی وجوب الاتفاق لا لدلیل الضرر کما هو واضح و کیف کان فإذا امتنع عن قبول حقه سقط وجوب الإعطاء له لا أنه یبقی علی حاله و سقط اعتبار رضاه فی بیع ماله کما لا یخفی.

الجهه الثانیه: أنه إذا قلنا بوجوب الإقباض للبائع و امتنع هو عن قبوله

فربمـا یقال أن الحاکم یجبره بالقبض لأنه ولی الممتنع فله أن یجبره بـذلک و لکنه واضـح الـدفع فإنه لا دلیل علی ثبوت الولایه للحاکم فقط فی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۵۷۳

أمثـال المـوارد لأـنّه لیس الّـا مـن جهـه الأـمر بـالمعروف و أنه یجب علیه أن یقبض و لاـ یمتنـع عن ذلـک و لاـ شـبهه أن الأـمر بـالمعروف یشترک فیه الحـاکم و غیره فـإنه واجب لکل من یقـدر علیه و لا یختص ذلک بالحاکم لإطلاق أدله الأمر بالمعروف بالنسبه إلی الحاکم و غیره و بالنسبه إلی العدول و غیرهم و علیه فالتخصیص بالحاکم أولا ثم بعدول المؤمنین و هکذا بلا وجه.

و الحاصل: أن الکلام فی هذه المسأله یقع فی جهات:

الاولی: أنه هل یجب علی البائع قبول الثمن و قبضه مع حلول أجله إذا إعطاء المشتری أو لا یجب. فذکر المصنف أنه یجب علی البائع قبوله إذا لم یرض المشتری ببقائه عنده لدلیل نفی الضرر و لکن قد عرفت أن الضرر انما نشاء من حکم الشارع باشتغال ذمته و کونه مدیونا فإنه ضرر علی اعتباره و لم ینشأ الضرر من عدم قبوله، نعم قبوله سبب لارتفاع الضرر و موضوع له و لکن لا یجب علیه إیجاد هذا الموضوع و بمقتضی دلیل نفی الضرر یکون هذا الحکم الذی نشأ منه الضرر مرتفعا و له أن یدفع حقه الیه و إذا لم یقبل و امتنع عن ذلک یدفعها الی الحاکم أو یطرحه فی الطریق ثم علی القول بوجوب الإقباض و امتناعه عن قبوله فهل یجبره الحاکم بالقبول أو لا، و الظاهر هو عدم اختصاص الحاکم بذلک فإنه بناء علی وجوب القبض و امتناعه عنه یکون المورد من موارد الأمر بالمعروف و من الواضح أن عدول المؤمنین، بل فساقهم فی عرض الحاکم فی ذلک لإطلاق أدله وجوب الأمر بالمعروف کما هو واضح و قد اعترف المصنف أیضا بکون ذلک من باب الأمر بالمعروف فی أثناء کلامه.

الجهه الثالثه: أن البائع إذا امتنع عن القبض اما لعدم وجوبه، أو لعدم إمکان إجباره

فهل یتولی الحاکم بالقبض لکونه ولی الممتنع أو لا یجب علیه ذلک و الظاهر أنه لا دلیل علی مباشره الحاکم بذلک إذا لا ولایه له علی ذلک، غایه الأمر أنه ولی الممتنع عن أداء الحق فإنه یجبره علی الأداء

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۵۷۴

بل یجبره عدول المؤمنین، بل فساقهم علی ذلک فإنه من باب الأمر بالمعروف و مع عدم قبوله یتولاه الحاکم و غیره من المؤمنین و أما إذا کان

الامتناع عن قبول حق نفسه فلا دليل على ولايه الحاكم عليه بأن يقبل ماله و يقبضه ولايه عنه و ان قلنا للغائب و نحوه حسبه و كذا ليس للحاكم أن يطالب المديون بالدين مع حلول الأجل و رضاء المالك ببقائه فی ذمته أی المديون و كيف كان فمباشره الحاكم بالقبض فی أمثال الموارد تصرف فی مال الغير بدون اذنه فيحتاج الی دليل و مع رضا بذلك فيجوز للحاكم قبضه لا أنه يجب عليه بحيث يكون ذلك وظيفه له بما أنه حاكم و هذا واضح جدا.

و من هنا ظهر أن ما ذهب إليه فی السرائر من الحكم بوجوب القبض للحاكم و عدم وجوب إجبار الدائن ليس فی محله و كذلك لا وجه لما رجّحه جامع المقاصد من تولی الحاكم بالقبض مع عدم الإكراه للبائع.

الجهه الرابعه: أنه بعد ما كان اشتغال ذمه المديون ضررا عليه مع عدم قبول الدائن دينه

فلا بدّ من عزل حقه و تعيينه فی شخص معيّن و هل المتصدی لهذا العزل هو المديون أو الحاكم أو شخص آخر، و الظاهر أنه هو الحاكم، فان ما يدفع به الضرر هو جواز العزل و أما أن يكون المتصدی هو المديون فلا يقتضيه دليل نفی الضرر لما ذكرنا فی باب الولايه أنه و ان كان لا دليل علی ولايه الحاكم و لكن مع ذلك نلتزم بثبوت الولايه له من باب القدر المتيقن و كذلك فی المقام فإنه قد اقتضی دليل نفی الضرر ارتفاع حكم الشارع باشتغال ذمه المديون و أنه يعزل حقه مع امتناعه و لكن الأمر دائر بين أن المتصدی لذلك هو الحاكم أو غيره فالقدر المتيقن هو أن يكون المتصدی لذلك هو الحاكم.

ثم انه بعد العزل هل يدفع الی الحاكم أو يجعل أمانه عند المديون أو عند شخص آخر

أو يلقى الى نفس المالك سواء أخذ أم لا، و قد يقال أنه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٧٥

يعطى للحاكم لأنه ولى من لا ولى له و لكنه واضح الدفع فإنه إنما يدفع المال إليه إذا لم يكن مالكه حاضرا و لم يكن له ولى يحفظه فإنه يعطى للحاكم و هو يأخذه و يحفظه حسبه و أما فى المقام فالمالك حاضر فلا- حسبه لأخذه عنه و لا- دليل بالخصوص يدلنا عليه فلا دليل لوضعه عند الحاكم كما لا دليل على لزوم أن يأخذه الحاكم كما تقدم بحيث يكون وظيفه له و من هنا ظهر حكم غير الحاكم أيضا.

و أما المديون فذكر المصنف أنه يجعل عنده فان تلف فعلى ذى الحق لأن هذا فائده العزل و ثمره إلغاء قبض ذى الحق.

و مع ذلك لا يخرج بالعزل عن ملك مالكه لعدم الدليل عليه فان التملك كان مشروطا بالقبض فلا يسقط بدليل نفى الضرر، بل يسقط الضمان و نماء المعزول أيضا للمديون لما عرفت أنه ملكه فيكون المقام عكس قاعده الخراج بالضمان فلا تكون القاعده المذكوره جاريه هنا فان نفى الضرر ينفى الضمان و اعتبار القبض فى الملك يدل على عدم خروج المعزول عن الملك و يكون ذلك كتعلق حق المجنى عليه برقبه العبد الجانى.

و لكن يرد عليه أنه إذا كان المعزول باقيا فى ملك المديون و كانت ذمته أيضا فارغه عن الدين فأين ذهب ملك الدائن مع أنه كان مالكا لذمته قطعا فلا مناص عن تعين ملكه بالمعزول و قد عرفت أن دليل نفى الضرر يقتضى أزيد ما يدفع به ضرر المديون إذا عزل حق الدائن لا انعدام ملكه بالكليه و قد عرفت أنه يندفع بعزل

الحاكم و إذا عزله الحاكم فيتعين حقه بذلك و عليه فيكون تلفه عن المالك فيكون نماؤه أيضا له على ما تقتضيه قاعده الخراج بالضمان كما هو واضح.

الجهه الخامسه: أنه إذا عزل حق الدائن فهل حفظه على الدائن أو للحاكم أو ليس على أحد حفظه

أما الحاكم فقد عرفت الكلام فيه فإنه ولى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۷۶

الغائب لا ولى الحاضر و ككك المديون، فإنه لا دليل على وجوب حفظه عليه بل حفظه كذلك أضر من بقائه فى ذمته كما ذكره المصنف و عليه فللمديون أن يحفظ ذلك و له أن يطرحه عليه أو على الطريق فإنه بعد ما عرض ذلك على مالكه و امتنع مالكه عن القبض فلا يكون حفظه على أحد حسبه، بل على مالكه و المفروض أن المالك لا يأخذه فسقط احترام ماله من حيث وجوب الحفظ فيلقيه المديون اين ما يريد كما هو واضح.

ثم انه بقى هنا شى ء قد تعرض له المصنف و أن لم يكن مربوطا بالمقام و هو أن مورد حديث نفى الضرر هو أن النبى صلى اللّه عليه و آله قد أسقط ولايه سمره و أمر بقلع الشجره و رميها اليه، و لكن قد ذكرنا فى البحث عن قاعده لا ضرر أن هذا و ان كان يدل على نفى الحكم الضررى فى الإسلام و لكن لا دلاله فيه على سقوط ولايه المالك عن ماله لأن حكم النبى صلى اللّه عليه و آله بقلع الشجره ليس من جهه الضرر لأن بقائها فى بستان الأنصارى لم يكن ضررا عليه، بل الضرر انما كان ناشئا عن دخول سمره على الأنصارى بلا استيذان منه و كان يندفع الضرر بمنعه عن الدخول عليه بدون الاستيذان و انما كان أمر النبى صلى اللّه عليه و آله بذلك من جهه التأديب

حيث انه لم يقبل كلما وعده النبى صلى اللّه عليه و آله تأديبا له بقلع شجرته و رميها اليه و الّا فالحديث لا يقتضى رفع ولايه المالك عن ماله بعنوان لا ضرر.

ثم انه بقى هنا فرعان قد تعرض لهما المصنف لأجل المناسبه

اشاره

و ان لم يكونا مربوطين بالمقام:- الأول: أنه إذا كان مال مشترك عند شخص و أخذ الغاصب منه بقصد أنه من حصه شريكه لا ممن عنده مال، فهل يكون المأخوذ محسوبا من صاحبه أو يكون محسوبا منهما.

الثانى: أن يصدى الظالم بنفسه لذلك بأن أخذ من المال المشترك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۷۷

مقدار نصيب صاحبه.

و قد ذكر المحقق الثانى هذين الفرعين ثم ذكر أنا لم نجد تصريحا بهما فى كلمات الأصحاب و تردد هو فيما بعد حكمه فيما نحن فيه بكون تلف المعزول من صاحب الدين، و لكن لا- وجه لتوهم أن الفرعين مما نحن فيه كما ذكره المصنف و حكم بخروجهما عن المقام بان يدعى أن دليل نفى الضرر ينفى كون الضرر ممن بيده المال لعدم توجه الضرر عليه، بل يكون من صاحبه بأن يكون دليل الضرر مقتضيا لكون المعزول ممن قصد الظالم وقوع الضرر عليه.

أما الفرع الثانى فمن جهه أنا لا نسلم كون المأخوذ من صاحب الشريک كما فيما نحن فيه

لأن دليل نفى الضرر بنفسه لا يقتضى تأثير نيه الظالم فى التعيين، فإذا أخذ الظالم جزء خارجيّا من المشاع فتوجيه الضرر الى من نواه الظالم دون الشريک لا وجه له فان نيته ليست موجبه لتعين المال لعدم كونها فارزه كما إذا أخذ الظالم من المديون مقدار مال الغريم بنيه أنه من الدائن أو أجبر أحدا أن يبيع ماله من شخص ثم أخذ الغاصب المال المعلوم فان دليل لا ضرر لا يثبت الولايه لأحد أن يبيع ماله من شخص أصاله عن نفس و ولايه عن غيره و هذا واضح جدا.

نعم، هنا كلام من جهه أخرى و هى أن الضرر المتوجه الى شخص هل يجب دفعه لغيره عنه مع تمكنه عن ذلک أو لا يجب دفعه عليه و قد

تقـدم ذلـك فى الجزء الأـول و قلنـا انه لاـ يجب دفعه و لكنه غير مربوط بالمقـام لمـا عرفت أن الضـرر هنـا انما توجه الى المال المشـاع المشترك و نيه الظـالم لاـ يوجب توجهه الى خصوص مـا قصـده الغاصب فان نيته لا توجب تعين حق أحـدهما فإن أمر الافراز ليس بيده، و لا أن دليل نفى الضرر يقتضى ذلك بعد توجه الضرر الى المال المشاع.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۷۸

و أما الفرع الأول: فربما يتوهم أن الشـريک لما كان فى معرض التضـرر لأجل مشاركه شريكه جعل له ولايه القسمه بمقتضى دليل نفى الضرر،

و لكنه توهم فاسد كما ذكره المصـنف، و فيه أن التضـرر و ان كان يجوز القسـمه و لكن القسـمه أيضا ضـرر على الطرف الآخر فيكون دليل نفى الضرر بالنسبه إليهما متعارضا.

و بعباره أخرى أن دليل نفى الضـرر انما ورد فى مقام الامتنان فكما أن الامتنان يقتضـى جواز القسمه و هكذا ان الامتنان يقتضى عدم جواز القسمه فعدم كل منهما خلاف الامتنان فيتعارضان فلا يكون دليل نفى الضرر شاملا لما نحن فيه.

قوله: مسأله: لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به فى غيره.

أقول: لما كان الكلام فى البيع المؤجل فتعرض المصـنف لأجل المناسـبه لعدم جواز التأجيل فى الثمن، بل فى مطلق الدين بأزيد منه بـأن يزاد فى الأجـل بزياده الـدين بحيث تكون زياده الثمن فى مقابل الأجل الزائـد و كيف كان فلا شـبهه فى حرمه ذلک و كونه ربوى محرمـا و لم تسـمع خلاـف أحـد فى ذلـک ثم ان مورد الكلام ما إذا كانت الزياده فى مقابل الأجل ابتـداء بأن يزيد الـدين بمقـدار من الأثمان فيزيد الدائن الأجل و لا يختص ذلک بمعامله دون معامله و لا بمعامله دون دين، بل يجرى فى جميع ذلک فالميزان الكلى ازدياد الثمن فى مقابل ازدياد الأجل من غير أن يكون ذلک فى ضمن معامله.

و أما إذا صالـح المديون بإبراء الدين الحال بأزيد منه مؤجلا، فلا بأس به و أنه خارج عن المقام، و كذلک ما إذا باع ما فى ذمته من المتـاع الربوى كـالحنطه مثلاـ بأزيـد منهـا مؤجلا، فإنه باطل لا من جهه الربا و الزياده العينيه، بل من جهه أن بيع الحال بمثله مؤجلا فى الربويين باطل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۷۹

كما هو المشهور لا من جهه كون الزياده فى مقابل الأجل فهذا أيضا خارج عن

المقـام. و أيضا ليس مربوطا بالمقام ما إذا باع الحال بما فى ذمته من الأثمان كالـدينار و الـدرهم بأزيـد منه من غير جنسه معجلا كالمروءات و نحوه فلا بأس به أيضا.

و على الجمله فمورد الكلام ما إذا زاد المـديون على الدين بعد حلوله أو فى وقت المداينه فى مقابل الأجل بحيث تكون الزياده فى مقابل الأجل الزائد، و قد اتفقت كلمات الأصحاب على حرمه ذلك من غير خلاف بينهم نصا و فتوى.

و قد استدل المصـنف (ره) على حرمه ذلك بوجوه الأول، الخبر الذى رواه فى مجمع البيان عن ابن عباس فى تفسير قوله تعالى وَ حَرَّمَ الرِّبٰا من أنه كـان الرجل من أهل الجاهليه إذا حلّ دينه على غريمه فطالبه قال المطلوب منه زدنى فى الأجل أزيـدک فى المـال حتى إذا قيـل لهم ربـا، فيتعجبون من ذلک و يقولون هما سواء بمعنى أنه كزياده الثمن حال البيع فكما أنها ليست بحرام و كذلک الزياده فى مقابل الأجل بعد البيع فذمّتهم اللّه و الحق بهم الوعيد و خطاهم فى ذلک بقوله أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبٰا.

و فيه أن هذه الروايه و ان كانت دلالتها تامه و لكن لم تثبت حجيتها لعدم كونها منقوله من طرقنا.

الثاني: أنه استدل على ذلک بروايات من طرقنا عن الأئمه عليهم السلام اللّه و هى على طائفتين.

الأولى: ما دل على جواز وضع البعض مع إعطاء البعض من الدين كصحيحه ابن ابى عمير قال سئل عن الرجل يكون له دين إلى أجل مسـمى فيأتيه غريمه فيقول له انقـدنى كذا و كذا واضع عنک بقيته أو انقدنى بعضه و أمدّ لک فى الأجل فيما بقى عليک، قال عليه السلام: اللّه لا ارى به

بأسا،

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۵۸۰

انه لم يزد على رأس ماله قال اللّه تعالى فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوٰالِكُمْ لٰا تَظْلِمُونَ وَ لٰا تُظْلَمُونَ، فإنه عليه السلام علل جواز التراضى على تأخير أجل البعض بنقد البعض بعدم الازدياد على رأس المال كما ذكره المصنف فيدل على أنه لو زاد ذلك على رأس ماله لم يجز التراضى على التأخير، فيكون ذلك رباء كما يقتضيه ذيل الآيه أعنى قوله تعالى فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوٰالِكُمْ، إلخ. فهذه الروايه تدل على عدم جواز الزياده فى مقابل الأجل بعد الدين فتدل على حرمتها عند المداينه أيضا إذ لا فرق فى ذلك بين الحدوث و البقاء.

و الطائفه الثانيه الأخبار الوارده عن تعليم طريق الحيله فى جواز تأخير الدين بزياده باشتراط التأخير فى ضمن معامله أخرى للفرار عن الربا فلو جاز التأجيل بزياده ابتداء و بقاء لم يكن داعى إلى التوصل بأمثال تلك الحيل حتى صاروا عليه السلام بذلك موردا لاعتراض العامه فى استعمال بعض هذه الحيل كما فى غير واحد من الأخبار الوارده فى ذلك و كيف فتدل هذه الروايه أيضا على حرمه الزياده فى مقابل الأجل حدوثا و بقاء.

و على الجمله أن ما استدل به المصنف على مقصوده بهذه الروايات صحيحه و تامه.

قوله: مسأله: إذا ابتاع عينا شخصيه بثمن مؤجل، جاز بيعه من بايعه و غيره قبل حلول الأجل

اشاره

و بعده بجنس الثمن و غيره مساويا له أو زائدا عليه أو ناقصا حالا أو مؤجلا.

أقول: الكلام فى بيع العين الشخصيه بعد شرائه مؤجلا من الشخص الذى اشتراه منه،

فالكلام يقع هنا فى ثلاث مسائل:

اشاره

الاولى فى أنه هل يجوز بيع العين الشخصيه من الشخص الذى اشتراه منه مؤجلا أو لا يجوز بيعه منه قبل حلول الأجل أو بعده بجنس الثمن الذى اشتراه منه أو بغيره مساويا له أو زائدا عليه أو ناقصا عنه حالا أو مؤجلا، ففى هنا مسائل

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۵۸۱

الاولى: أنه يجوز بيع ما اشتراه الإنسان مؤجلا و قد منع الشيخ عن ذلك بعد حلول الأجل بنقصان من الثمن.

و المسأله الثانيه: ما نسب الى الشيخ أيضا فى خصوص الطعام بأنه بعد حلول الأجل، فإن كلام الشيخ و ان كان فى بيع الطعام و

لكن علله على نحو يفهم منه التعميم، فراجع المتن و لاـ يجوز أخـذ الطعـام بـدلا عن الثمن الاـ بمـا يساويه المسأله الثالثه أن يبيع الشى ء بشرط أن يبيعه منه بالمال كما نسب الى المشهور.

أما المسأله الأولى [فى أنه هل يجوز بيع العين الشخصيه من الشخص الذى اشتراه منه مؤجلا]

فالظاهر أنه لا خلاف فى جواز ذلك بين الأصـحاب إلّا عن النهايه للشـيخ، فإنه حكم بعـدم جواز أن يأخـذ البائع من المشترى ما كـان بـاعه إيـاه أن يأخـذ منه بثمن ناقص فما باع منه و لزمه ثمنه الـذى كان أعطاه به كما هو ظاهر عموم كلامه فى بيع الطعام و عن الشـهيد أنه تبع الشـيخ فى ذلك جماعه. و لكن الظاهر ما هو المشـهور و يـدل عليه مضافا على العمومات الـداله على صـحه المعاملات و لزومها صـحيحه «۱» بشـار بن يسـار قال: سألت أبا عبـد اللّه عليه السـلام عن الرجل يبيع المتاع بنساء مرابحه فيشتريه من صـاحبه الـذى يبيعه منه، فقال: نعم لا بأس به، إلـخ. فهـذه الروايه و ان كانت خاصه من حيث اختصاصـها بشـراء البائع المتاع الذى باعه من المشترى مؤجلا و لكنها مطلقه

من حيث كون الشراء ثانيا بأقل من الثمن الذى باعه أو أزيد أو مساوى، و كذلك مطلقه من حيث كون الشراء ثانيا بعين الثمن الذى باع به أولا أو بغيره قبل حلول الأجل أو بعده، فهذه الروايه بإطلاقها من حيث ترك الاستفصال بين الحلول و عدمه تدل على المقصود.

---

(۱) وسائل: ج ۱۲، ص ۳۷۰.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۸۲

و تدل على المقصود أيضا صحيحه «۱» ابن حازم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم أشتريها منه، فأتى الطالب المطلوب يتقاضاه، فقال له المطلوب أبيعك هذه الغنم بدراهمك التى لك عندى فرض قال لا بأس بذلك فهذه الروايه ليست مطلقه من حيث كون البيع الثانى قبل الأجل أو بعده بل الظاهر منها أن المطالبه انما كانت بعد حلول الأجل و لذا قال السائل انه اتى الطالب المطلوب يتقاضاه فإنه لو كان ذلك قبل الأجل لم يكن له حق المطالبه و لكن الظاهر من الروايه أن للبائع حق المطالبه (الّا أن يكون البيع حالا- فتكون الروايه على ذلك أجنبيه عن المقام) و لكن الروايه ليست فيها صراحه بالنسبه كون البيع الثانى واقعا على المبيع الأول، بل هى مطلقه من هذه الجهه فلا- دلاله لها على ذلك الّا من حيث الإطلاق.

و يؤيد ذلك ما من كتاب «۲» على بن جعفر عن أخيه قال: سألته عن رجل باع ثوبا بعشره إلى أجل، ثم اشتراه بخمسه بنقد فهذه الروايه على تقدير صحه سندها ظاهره فى المطلوب و لكن لا صراحه فيها أيضا فى كون البيع قبل حلول الأجل أو بعده و كيف كان ففى هذه الروايات مع العمومات الوارده فى

صحه المعاملات غنى و كفايه.

و قد استدل الشيخ على مقصود بروايتين الأولى روايه خالد بن الحجاج قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل بعته طعاما بتأخير إلى أجل مسمى فلما جاء الأجل أخذته بدراهمى فقال: ليس عندى دراهم و لكن عندى طعام فاشتراه منى، فقال: لا تشتره منه، فإنه لا خير فيه.

---

(۱) وسائل: ج ۱۲، ص ۳۷۰.

(۲) وسائل: ج ۱۲،: ص ۳۷۱.

و فيه أنه على تقدير صحه الروايه فلا دلاله فيها على المقصود إذ ليس فيها أن المبيع ثانيا عين المبيع أولا، فإن المشترى قال ليس عندى طعام فاشتر منى طعاما فيمكن أن يكون هذا الطعام غير الطعام الذى وقع عليه البيع أولا، كما يقتضيه التعبير عنه بالنكره حيث انه طلب الثمن فأعطاه الطعام عنه، بل قيل أن تكرار النكره بالنكره يدل على التعدد كما فى قوله تعالى إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْراً، إلخ. و أما إذا كان تكرار النكره بالمعرفه فيدل التكرار على الاتحاد، نعم لا يبعد شمولها للمبيع الأول بالإطلاق و ثانيا لا دلاله فيها على الحرمه، بل الظاهر منها الكراهه و لذا لم يقتصر الامام عليه السلام فى المنع بقوله لا تشتر، بل عقبه بالتعليل بقوله فإنه لا خير فيه فان الظاهر من كلمه لا خير هو الكراهه فإنها مثل كلمه لا ينبغى و لا يصلح و نحو ذلك.

و على الجمله فظهور الروايه فى المنع عن الاشتراء من حيث كون البيع ثانيا هو الطعام الأول، و من حيث الزياده و النقيصه و المساواه، و الشيخ لا يقول بذلك فلا تنطبق الروايه على مسلكه.

الثانيه: روايه عبد الصمد بن بشر قال: سأله محمد بن قاسم الحناط، فقال:

أصلحك اللّه أبيع الطعام من رجل الى أجل فيجئنى فقد تغيّر الطعام من سعره فيقول: ليس عندى دراهم، قال: خذ منه بسعر يومه، فقال أفهم أصلحك اللّه انه طعامى الذى اشتراه منى فقال لا تأخذ منه حتى يبيعه و يعطيك، فهذه الروايه صريحه فى كون المبيع ثانيا هو المبيع أولا ـ فعلى تقدير صحتها فتدل على المقصود من هذه الجهه و لكن لا ـ دلاله فيها على خصوص مذهب الشيخ و هو عدم جواز البيع بثمن ناقص من الثمن الذى اشتراه المشترى به من البائع كما لا دلاله على ذلك فى الروايه الأولى أيضا على تقدير شمولها المبيع الأول بإطلاقها و الوجه فى ذلك أنه لا شبهه فى أن هذه الروايه صريحه فى كون البيع مؤجلا كما أنها صريحه فى كون المبيع ثانيا عين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۸۴

المبيع أولا ـ و ان دلت هذه الروايه على الجهه الثالثه أيضا، و هى أن يكون الثمن فى البيع الثانى أقل من الثمن فى البيع الأول فتكون هذه الروايه أخص من العمومات الداله على صحه هذا النحو من البيع و أيضا تكون أخص من الروايتين المتقدمتين فبمقتضى الجمع العرفى كون هذه مخصصه لها إذ ليس فى المقام ما يعارض هذه الروايه، بل العمومات و الروايتين المتقدمتين كلها أعم من هذه الروايه.

و لكن الظاهر أن روايه عبد الصمد مع الغض عن سندها و الحكم باعتبارها من حيث السند فلا دلاله لها على المقصود فإنها إما مجمله، أو خارجه عن المقام جدا و الوجه فى ذلك أن الراوى حيث سأل الإمام عليه السلام عن جواز شراء الطعام ثانيا الذى باعه من شخص مؤجلا، و قد حلّ الأجل حيث يقول المشترى

ليس عنـدى دراهم خـذ طعامک فقـد تغير سـعره فقال الامام عليه السـلام: اللّه خذ طعامک بسـعر يومه الذى تطلب منه الثمن ثم كرر السائـل السؤال، فقـال هو طعـامى فأجـاب الإمـام عليه السـلام أنه لاـ يجوز أن تشترى منه، بل لا بـدّ و أن يبيع لشـخصا آخر فيعطيک ثمنه ثم ندم السائل عن سؤاله ثانيا حيث قال أرغم اللّه أنفى، إلخ. لا شبهه أن المبيع الثانى الذى سأل السائل عن حكمه ليس الثمن فيه مساويا للبيع الأول، بل اما زائـد عنه أو ناقص و لـذا قال الراوى فقـد تغيّر سـعره فان كان المراد هو الناقص فـدلت الروايه على مقصود الشيخ فإنه تكون الروايه أخص من العمومات و الروايتين المتقدمتين فتكون هى مخصصه لهما، و لكن ليس فى الروايه ظهور فى ذلـک، بل الظاهر منها أن السائل بعـد ما سأل عن حكم البيع الثانى فجوّزه الامام عليه السـلام فرأى أنه ليس على نفعه لكون الثمن فيه زائـدا من ثمن بيع الأـول فـأراد الفرار عن ذلـک فسـأل ثانيـا أنه طعـامى فكيف أعطى الثمن أكثر مما أعطاه المشترى لى، بل لا بدّ و أن يعطيه المشترى لى بمثل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۸۵

الثمن الـذى أعطيه إياه فأجاب الإمام عليه السـلام بأنه لا تأخذ منه إلخ، فتخيل السائل من ذلک أنه لا يجوز البيع بأزيد من الثمن الـذى فى البيع الأول، فقال أرغم اللّه انفى رخص لى فررت عليه و شـدد علىّ فان الظاهر من هذه (و لكن الظاهر من ذيل الروايه أنه كان الثمن فى البيع الثانى فمنع، الامام عليه السلام منه فتكلم هو بهذه الجمله فإنها أمس بصوره القله و الندامه بها اخرى و أما فى

الزائد فلا من المقرر) الجمله أنه فهم عدم الجواز من الشـراء بالزائد فتندم لأنه كان حاضرا بالشراء الزائد، و لكن لا دلاله فى قول عليه السـلام لا تأخذ منه، إلخ. على عدم جواز الشراء ثانيا بالأكثر كما تخيله الراوى بل الامام عليه السلام أرشده إلى أنه إذا ثقل عليه أن تشترى متاعك بالثمن الزائد من الذى بايعته فلا تأخذ منه ذلك فخلى أن يبيعه من غيرك فيعطيك دراهمك و عليه فلا دلاله فى الروايه على المنع عن البيع بأزيـد من الثمن الذى كان فى البيع الأول و على هذا فالروايه بالكليه أجنبيه عن رأى الشـيخ الطوسـى فـإن الروايه لاـ نمنع عن البيع الثـانى لاـ بـالثمن الناقص من البيع الأول كما صـرح به الشـيخ الطوسـى و قال انه لا يجوز بالناقص، و لا بالثمن الزائد كما هو ظاهر كلامه فى مورد بيع الطعام، و ان أبيت عن ظهورها فى ذلك فلا ظهور لها فى المنع عن البيع بالثمن الناقص من الثمن الأول فلا أقل من الإجماع كما هو واضح.

ثم انه ربما يسـتدل على مـذهب الشـيخ بما نسب إليه فى السـلم من أنه لو باع أحد طعاما من غيره سـلما فحل الأجل و لم تمكن البـائع من تحويل الطعام، فإنه لا يجوز له أن يعطى درهما بـدل الطعام الّا بنحو التساوى فإنه يرجع الى بيع الـدرهم بـدرهم فهو لا يجـوز فى غير صوره التسـاوى و عكس ذلـك فى الـبيع المؤجـل فـإنه إذا بـاع طعامـا بـدراهم مؤجلاـ فحـل الأجـل و لم يتمكن المشترى من إعطاء الدراهم فإنه لا يجوز له أن يعطى الطعام بدل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۸۶

الدراهم لرجوعه الى بيع الطعام بالطعام، فهو لا

يجوز الّا بنحو التساوى و الّا يلزم منه الربا و الأصل فى ذلک ما ورد فى السلم من خبر على بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطه يأخذ بقيمته دراهم قال عليه السلام: إذا قوّمه دراهم فسد لأن الأصل الذى يشترى به دراهم و لا يصلح دراهم بدراهم.

و فيه أولا أن الروايه ضعيفه السند.

و ثانيا: أنها معارض فى موردها بروايه أخرى، و ثالثا: أن مورد هذه الروايه هو البيعى الكلى، فإنه قال عليه السلام سألته عن رجل له على تمر و لا أقل من إطلاقه بالنسبه إلى الكلى و الشخصى و لا شبهه أن كلام الشيخ فى البيع الشخصى دون الكلى بداهه جواز ذلک فى الكلى و اذن فلا مانع من هذه الناحيه أيضا لأن البيع الثانى بأقل من الثمن الأول لا بأس به.

فتحصل ان مذهب الشيخ (ره) مبنى على وجوه ثلاثه كلها لا يرجع الى محصل كما هو واضح.

و أما المسأله الثالثه فهى أن يبيع شيئا و يشترط فى ضمنه أن يبيعه ثانيا،

فقد نسب الى المشهور بطلان ذلک و علله العلامه بأنه مستلزم للدور و هو محال، و ما يلزم منه المحال فهو محال، و لكنه لا يناسب مقام العلامه، بل مقام من هو دونه و ذلک لأنه ان كان معنى الاشتراط هو تعليق البيع على الشرط بحيث أن يكون البيع على تقدير هذا الشرط و الّا فلا بيع، فلتوهم الدور مجال لأن حصول البيع الأول متوقف على البيع الثانى فالبيع الثانى متوقف على الملكيه الحاصله من البيع الأول فيتوقف البيع الثانى على البيع الأول فهو دور و لكن الأمر ليس كک، فإنک قد عرفت أن معنى الشرط ليس هو التعليق الذى قام الإجماع على بطلانه، بل الالتزام

معلق على الشرط و العقد معلق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۸۷

على الالتزام بالشرط و لا يضرّ مثل هذا التعليق لأنه إنما تعليق بأمر حاصل لتحقق الالتزام حال العقد و التعليق بأمر حاصل لا تضرّ كما هو واضح، و انما الذى هو غير حاصله هو الملتزم به دون نفى الالتزام كما هو كك فى جميع الشروط غير شرط النتيجه كشرط الخياطه و البنايه و نحوهما و أما على ما هو المعروف من معنى الشرط من ارتباط الالتزام بالعقد مستمرا متوقف على الشرط و الارتباط انما هو بينهما فالملكيه حاصله بالبيع سواء حصل الشرط أعنى الملتزم به أم لم يحصل غايه الأمر أنه يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط، و أما توقف الملكيه على الشرط المتوقف حصوله على البيع الثانى، فلا، كما هو واضح. و حيث ان هذا المعنى من الشرط واضح فلا وجه للزوم الدور بوجه على أنه منقوض بالإجاره أيضا فإنه لو باع عينا من شخص و اشترط استجارها للبائع لزم الدور المذكور و كذلك ينتقض باشتراط بيعه من شخص آخر فان توهم الدور متوجه فى جميع ذلك فلا وجه له للفرق بينهما.

ثم انه حيث ان الدور بظاهره الذى عرفت بشيع و القول بلزومه فى صوره اشتراط البيع للبائع منقوض بالأمور المذكوره فقد وجهه المصنف بوجه آخر، و حاصله أن الشرط لا بدّ و أن يكون محرز الصحه قبل البيع و لا يكون ممتنعا قبله، فلو كانت صحه الشرط ناشئه من ناحيه الاشتراط فى البيع بحيث يكون البيع موجبا لمعقوليته لزم الدور ففى المقام لا شبهه أن بيع مال الشخص من نفسه معقول فلو اشترط ذلك فى ضمن البيع لكان صحه هذا الشرط

متوقفه على البيع و المفروض أن صحه البيع أيضا متوقفه على هذا الشرط فيلزم الدور و لكن يرد عليه نقضا و حلا أما النقض فلأن النقوض المذكوره و ان لم تكن وارده فإن بيع المالك ماله من شخص آخر و ككك إيجار له صحيح فى نفسه فيمكن أن يكون ذلك شرطا فى البيع أيضا و لكن ينقض ذلك بما إذا اشترط الإيجار لنفسه فان الظاهر أن العلامه لم يمنع فى ذلك كما هو المتعارف

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۸۸

كثيرا، أو يشترط كون السكنى له إلى سنه و يشترط ان يرهن عنده و دعوى المصنف أن النقض بالرهن غير وارد لأنه من توابع البيع و مصالحه فيجوز اشتراطها نظير نقد الثمن أو عدم تأخيره عن وقت دعوى لا نفهمها، إذ الإشكال ليس من ناحيه جعل مال الغير وثيقه فإنه كثير، فإنه ربما يستعير مال شخص آخر و يجعله وثيقه عند شخص و يأخذ منه الدراهم، بل الاشكال من ناحيه أن مال شخص لا يمكن أن يجعل عنده رهنا و أنه إذ لا يعقل أن يجعل مقدار من مال شخص ثم يجعل رهنا عنده، فحيث كان هذا غير معقول، فلا بدّ و ان لا يكون اشتراط ممكنا فى البيع أيضا على توجيه المصنف لكلام العلامه و أوضح من النقضين المذكورين أن يبيع أحد ماله و اشترط أن يقفه عليه مع أن وقف الإنسان ماله لنفسه غير معقول و الظاهر أن العلامه لم يلتزم بعدم الجواز فى شى ء مما ذكر، فالأمر يدور بين أن يلتزم بعدم صحه الشرط فى الموارد المذكوره أيضا و هو بعيد أو لا يلتزم بعدم الصحه فى اشتراط أن يبيع المشترى المبيع

من البائع ثانيا فحيث لا يمكن الالتزام بالأول فلا بدّ من عدم الالتزام بذلک فی الثانی أیضا.

و أما أن الشرط غیر مقدور قبل البیع فکیف یمکن اشتراطه فیه، فواضح الاندفاع لأنه لا یعتبر فی الشروط أن یکون مقدورا قبل العقد، بل یکفی فی مقدوریته کونه مقدورا بالعقد أیضا کما فی المقام، و تقدم نظیره سابقا فی حصول جواز التصرف بنفس البیع کما هو واضح.

و أعجب من کلام العلامه ما استدل به الشهید علی بطلان البیع الأول أن البائع لا قصد له علی البیع، و الّا لم یشترط بیعه من البائع ثانیا، و وجه العجب أن البائع قد قصد النقل إلی المشتری و دعوی أنه لم یقصد مکابره و أن أبیت عن ذلک فنفرض الکلام فیما إذا صرّح البائع بذلک القصد غایه الأمر أنه مع هذا القصد قد اشترطا بیعه ثانیا من البائع الأول و تعلق القصد به

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۵۸۹

أیضا علی أنه لو کان اشتراط البیع من البائع الأول ثانیا مضرا لکان قصد المتبایعین النقل إلی البائع الأول، من دون اشتراطها إیاه لفظا أیضا، مضرا و موجبا لعدم القصد إلی البائع الأول، بل قد یقصد رجوع المبیع إلی البائع کما فی البیع بشرط ردّ الثمن، فان غرض البائع تسهیل أمره مع حفظ متاعه بذلک البیع فیبیعه کذلک و یجعل لنفسه الخیار إلی مده بحیث إذا أتاه الثمن أخذ المتاع.

و علی الجمله فلا نری بأسا بما إذا باع أحد ماله و اشترط فی ضمن البیع أن یبیعه المشتری منه ثانیا لا من حیث الالتزام لیکون تعلیقا و لا من حیث الملتزم به، بان یوجب الدور، بل قد یشترط رجوع البائع إلی المبیع

إذا أتى بالثمن فضلا عن البيع له ثانيا كما عرفت.

و الحاصل أن الكلام فی صحه البیع و اشتراط أن یبیع المشتری المبیع ثانیا من البائع، و قد تقدم أن المانع ذلک هو الدور الذی ذکره العلامه و قد عرفت جوابه و أنه لیس هنا دور، بل المقام کبقیه اشتراط من غیر فرق بینها فإذا لزم الدور من الاشتراط فیلزم فی جمیعها و الّا فلا فحیث لم نر محذورا فی بقیه الشروط من حیث الالتزام و لا من حیث الملتزم به لکونه أمرا مقدورا و کانت مقدوریته بنفس العقد فلا محذور فی صحه ذلک البیع الذی وقع فیه هذا الشرط، بل قد عرفت أن البیع المشروط بردّ الثمن من البدیهیات صحته مع أن اشکال الدور لو تم لجری فیه أیضا بتوهم أن البیع متوقف علی صحه الشرط و صحه الشرط متوقف علی صحه البیع و کیف کان فاصل صحه البیع الأول غیر متوقفه علی شی ء، بل هو یفید الملکیه سواء عمال المشروط علیه بالشرط أم لا غایه الأمر أنه مع التخلف و عدم العمل بالشرط تثبت الخیار للمشروط له و هذا جار فی جمیع الشروط کما هو واضح.

و أما ما ذکره الشهید (ره) من أنه لا قصد للبائع إلی البیع مع هذا

الشرط فقد عرفت جوابه و أنه قصد النقل بهذا البیع و اشتراط هذا الشرط لا ینافیه أی لا ینافی قصده هذا کما هو واضح.

ثم انه قد استدل صاحب الحدائق و بعض آخر علی فساد البیع الذی وقع فیه هذا الشرط بروایه الحسین بن المنذر الداله علی فساد البیع بهذا الشرط و بروایه علی بن جعفر المرویه فی قرب

الاسناد، و لكن الظاهر من الروايه كما ذكره المصنف هو بطلان البيع الثانى و يدلنا على ذلك اختلاف أهل المسجد فيه، و حكمهم بأنه لا يجوز البيع فى مكانه، بل بعد أشهر فإن هذا فى البيع الثانى دون الأول و الامام عليه السلام أيضا حكم بجواز البيع الثانى ان كان البيع الأول متحققا بحيث كان المشترى بعده له أن يبيع و له أن لا يبيع و من البديهى أن مورد البحث كان هو البيع الأول كما هو ظاهر كلام المشهور، بل صريح كلام بعضهم و اذن فالروايتين أجنبيتان عن مورد المسأله و تدلان على بطلان البيع الثانى.

و لكن الذى يسهل الخطب أنهما ضعيفتان السند أما الأولى فلحسين ابن المنذر و أما الثانى فلعبد اللّه ابن الحسن فلا تصلحان للمانعيه عن صحه البيع الثانى أيضا، و عليه فمقتضى القاعده المتصيده من العمومات الداله على صحه المعاملات هو صحه البيع الثانى أيضا كما هو واضح.

القول فى القبض

اشاره

قوله: و هو لغه الأخذ مطلقا، إلخ.

أقول:

اختلفت الأقوال فى معنى القبض

على ما ذكره المصنف فى المتن و لكن الظاهر أن القبض بمعنى واحد فيكون بهذا العنوان شاملا لجميع الموارد و هو ما يكون به ضمان الغاصب و هذا المعنى الواحد عباره

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۹۱

عن الاستعلاء على المال بحيث يكون اختياره تحت يده أو يد من يؤول إليه أمر المالك و هذا المعنى هو الذى يحكم به العرف و يوافقه اللغه العربيه، بل كلّ لغه و ليس له حقيقه شرعيه أو متشرعيه حتى تكون متبعه و على هذا المعنى فيختلف القبض بحسب اختلاف الموارد فإنه فى مثل الدار عباره عن التخليه بين المالك و بينها فان استعلاء المالك يحصل بذلك و فى مثل الجواهر هو القبض بالكف و فى مثل الحيوان هو الأخذ باللجام أو السوق أو نحوهما و كيف كان فالقبض له معنى عرفى واضح ليس فيه اختلاف أصلا و انما الاختلاف فى مصاديقه و أفراده كما هو واضح.

نعم ربما يعبر عما قبضه بالتخليه بالإقباض مسامحه و لا يلزم من ذلك أن يكون المراد منه هو القبض بالكف كما يقال فى تسليم الثمن أو المثمن الى كل من المتبايعين بالإقباض و يقال: انه يجب الإقباض و لكن هذا تعبير مسامحى و المراد هو إقباضه بما يناسبه و اختلاف الحكم فى تحقق القبض هنا من ناحيه الاستناد إلى روايه عقبه الداله على تحققه بمطلق التخليه بقرينه الإخراج من البيت أو النبوى كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بايعه الظاهر فى تحقق الفعل من المشترى لا يرتبط بحقيقه القبض و يمكن أن الغرض من الروايتين واحدا.

و كذلك وقع الكلام فى أن إقباض الغاصب مال

المغصوب بأی شی ء يحصل بمعنی أنه بما ذا تفرغ ذمته و هذا أيضا ليس مربوطا بحقيقه القبض و ماهيته فان القباض كل شی ء بحسبه كما عرفت و بحسب اختلاف المغصوب يختلف الحكم بفراغ ذمته أيضا و لعل هذا هو المقصود من النبوی علی اليد ما أخذت حتی تؤدی نعم إذا كان المراد من الأداء، الأداء الخارجی فيعتبر فراغ من ذمه الغاصب الأداء لا مجرّد التخليه بين المال و صاحبه و لكن فی المنقولات لا فی غيرها و أيضا وقع الكلام فی أنه إذا باع أحد ما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۹۲

اشتراه من المكيل و الموزون هل يكفی الوزن أو الكيل الأول فی البيع الثانی أم لا، بل لا بدّ من الوزن و الكيل ثانيا مع كون الكلام فی أن هذا الوزن أو الكيل ثانيا إقباض أم لا، و هذا أيضا غير مربوط باختلاف حقيقه القبض بل هو حكم آخر قد تقدم الكلام فيه عند البحث فی الشرائط البيع و أنه يكفی الوزن فی البيع الأول عن الوزن فی البيع الثانی أولا و أما أنه إذا أوجبنا الوزن فی الثانی فهل أنه قبض أو يحتاج الی قبض آخر فسيأتی الكلام فيه و علی الجمله فشی ء من الأحكام المزبوره لا يرتبط بالقبض كما هو واضح.

قوله: القول فی وجوب القبض.

[مسأله يجب علی كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع]

أقول: لا شبهه فی وجوب الإقباض لكل من المتبايعين فإنه بعد تحقق البيع يكون الثمن مال للبائع و يكون المثمن مالا للمشتری فيحرم إمساكه لكل منهما لأنه تصرف فی مال الغير و إمساكه إياه بغير اذنه فهو حرام و انما الكلام فی أنه يجب ذلك علی الإطلاق سواء سلم الآخر العوض أم لا؟

كما ذهب إليه الأردبيلی أو يجب علی البائع

فقط دون المشترى كما ذهب اليه بعضهم أو يجب على كل منهما مشروطا كما ذهب اليه المصنف، و أما ما ذهب إليه الأردبيلى ففيه مـا ذكره المصـنف من أن تسـليم كـل من البـائع و المشترى العوض للآـخر مشـروط بتسـليم الآـخر العوض إياه بحسب بناء العقلاـء و إذا امتنع أحـدهما من التسـليم فللآخر أيضا أن يمتنع من ذلك و عليه فلا وجه للقول بالوجوب على وجه الإطلاق كما هو واضح.

و أما توهم أنه واجب على البائع مطلقا دون المشترى فإنه يجب عليه التسـليم مشـروطا بدعوى أن الأصل فى البيع هو المعوّض و الثمن عوض عنه فيجب ابتداء تسليم المعوّض سواء سلّم المشترى العوض أم لا، و لكنه واضح البطلان فان كون الثمن عوضا فى مقام الإنشاء لا يقتض عدم وجوب التسليم مطلقا مثل المثمن، بل بعد تماميه البيع يصير كل منهما مالا للآخر فإذا أوجب

على البـائع التسـليم بـأى كيفيه وجب على المشترى التسـليم على هـذا النحو أيضا و حيث قلنا انه واجب على كل منهما مشـروطا بحسب بناء العقلاء فيكون هذا التوهم فاسدا من أصله.

ثم انه ذكر المصنف انه يجبر الحاكم الممتنع عن التسليم بالتسليم أو غير الحاكم من باب النهى عن المنكر فان منع مال الغير عنه منكر فينهى عنه و لكنه واضح الدفع بداهه أنه بعد ما كان وجوب التسـليم وجوبا مشروطا فلا يكون عدم تسليم كل منهما مع منع الآخر عن التسليم منكرا حتى يجب ذلك من باب النهى عن المنكر، نعم إذا لم يمتنع أحدهما عن التسليم و لكن امتنع الآخر عنه فلا بأس لكلام المصنف هنا من إجبار الممتنع من باب النهى عن المنكر.

ثم

انه إذا كـان كـل منهمـا حاضـرا للتسـليم و وافقـا لتسـليم الآخر و لكن لا يبادره الّا أن يبادر الآخر بالتسـليم لغرض فى ذلك فهل تجرى الوجوه المتقدمه هنا أيضا أم لا؟ الظاهر أن هذه مسأله أخرى غير المسأله المتقدمه و الظاهر أن ما ذكره الأردبيلى متين هنا بـداهه أنه لم يثبت بناء من العقلاء فى المعاملات على وجوب التسـليم فورا لعـدم تعلق الغرض العقلاء بذلك حتى يجى ء ذلك تحت الشـرط الضـمنى، بـل بنـاؤهم انمـا يثبت على اشتراط أصل تسـليم كل من العوض و المعوّض لتسـليم الآخر و عليه فيكون المبادره لكل منهما واجبه كما هو واضـح، و دعوى أن المبادره واجبه على البائع لقبح أن يطلب تبادر من المشترى بتسـلم الثمن بخلاف العكس دعوى فاسد، بل الوجوب من كلا الطرفين.

ثم انه إذا كـان البيع من نـاحيه مؤجلاـ أمـا الثمن كمـا فى بيع النسـيئه أو المثمن كمـا فى بيع السـلم و لم يسـلم البائع الى أن حلّ الأجل فهل يجب على المشترى التسليم بعد حلول الأجل أم لا؟ و هل يجب على البائع ذلك أم لا؟

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۹۴

أما المشترى فقد ظهر حكمه من المسأله السابقه حيث ان الشرط الضمنى بحسب بناء العقلاء انما هو على وجوب التسلم مشروطا و قـد أخرج المشترى مقدارا من الزمان عن تحت هذا الاشتراط بالتصـريح أى يشـرط عدمه على خلاف بناء العقلاء فبقى الباقى تحت الشـرط الضـمنى و أما البائع فقـد يقال انه يجب عليه التسـليم سواء سـلم المشترى أم امتنع عن ذلك فإنه أى غير مؤجل قد التزم بالتسليم بحسب الشرط الضمنى و ان لم يسلم الآخر من ناحيه مؤجل و لكنه أيضا واضح الدفع فإنه

إنما التزم بالتأجيل برهه من الزمان لا مطلقا فإذا خرج هذا الزمان الخاص فيكون حاله حال المشترى و حال كلاهما ما ذكرناه فى المسأله السابقه من كون تسليم كل منهما مشروطا بتسليم الأخر، كما لا يخفى، فافهم. فتحصل أن الإقباض انما يجب لكل من البائع و المشترى على تقدير تسليم الآخر و الّا فلا، حتى فى البيع المؤجل بعد خروج الأجل كما هو واضح.

ثم انه لو قبض المشترى الثمن بدون اذن من البائع فيما لو كان المبيع من الأعيان الشخصيه فهل يحسب هذا قبضا أم لا، فنقول: تاره تكون المعامله مما يتوقف الملكيه فيها على القبض كما فى بيع الصرف و السلم، و أخرى لا يتوقف على ذلك، و لكن كان البقاء المبيع للبائع عنده عن حق فعلى الأول فلا شبهه أن ما أخذه المشترى هو مال الغير فلا يحصل الملكيه بقبضه بل لا بدّ له أن يرده الى صاحبه، فان المفروض أن المعامله ليست بوحدتها سببا وحيدا لحصول الملكيه و انما هى مع إقباض البائع دخيل فى ذلك فإذا انتفى الإقباض انتفى الملكيه الّا أن يرضى البائع ببقائه عند المشترى فهو و ان لم يكن عن قبض حدوثا و لكنه يكون قبضا بقاء.

و على الجمله فمع عدم رضاء البائع بما أخذه المشترى و قبضه لا بدّ له أن يرده إلى البائع كما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۹۵

و أما إذا لم تتوقف الملكيه على القبض، بل كان للبائع حق الإبقاء المبيع عنده فقط فالظاهر أنه لا شبهه فى جواز التصرف فى المبيع للمشترى لأنه لم يتصرف إلّا فى ماله غايه الأمر أن القبض لم يكن عن حق.

و توهم أن التصرف فى متعلق

حق الغير كالتصرف فى ماله فلا يجوز و هو توهم باطل، فإنه بعد كون متعلق حق الغير مالا للمتصرف فلا معنى لحرمه التصرف فيه، نعم لا- يترتب على المبيع الأحكام المترتبه على القبض كبيعه من شخص آخر، فإنه قبل قبض المبيع عن البائع اما حرام، أو مكروه فلا يرتفع ذلك الّا بالقبض من البائع كما هو واضح.

ثم انه إذا حصل القبض من جانب و امتنع الآخر من التسليم فهل يجوز للممتنع أن يتصرف فيه أو لا يجوز، الظاهر أنه لا مانع من التصرف فيه لأنه ماله غايه الأمر إذا لم يسلم العوض الى حدّ كان للآخر خيار تخلف الشرط الضمنى فإذا فسخ العقد يسترجع المبيع من المشترى.

قوله: مسأله: يجب على البائع تفريغ المبيع من أمواله مطلقا.

أقول: هذه المسأله غير المسأله السابقه أعنى وجوب تسلم العوض على كل من البائع و المشترى، نعم وجوب كل منهما بالشرط الضمنى بحسب بناء العقلاء فإنه كما أن العقلاء يحكمون بوجوب التسليم على كل منهما و كذلك يحكمون بوجوب التسليم مفرغا بمعنى أنه يجب على البائع مثلا- أن يسلم العوض للمشترى مفرغا عن ماله و غير مشغول به، و ليس هذا عين المسأله السابقه، فإنه يمكن انفكاك إحداهما عن الآخر إذ يمكن أن يحصل التسليم و مع ذلك يكون المسلم به مشغوله بمال المسلّم كما إذا باع زيد دارا و سلمها إلى المشترى و لكن كانت مشغوله بمال البائع بحيث لا يمكن إفراغه عاده الى شهر أو شهرين مثلا، أى لا يمكن افراغها فى مده يتسامح فيها عرفا كيوم أو نصف يوم، بل لا بدّ و أن تبقى مشغوله فى مده معتد بها كشهر أو شهرين و ح

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۹۶

يثبت للمشترى خيار الفسخ

كما يثبت ذلک مع عدم أصل التسليم على ما تقدم.

ثم انه ذكر المصنف أنه إذا لم يفرغ البائع المبيع إلى مده يتضرر فيها المشترى ثبت له خيار الفسخ، و الظاهر أنه لا وجه لهذا التقييد بداهه أن الخيار لم يثبت بدليل نفى الضرر حتى يكون مقيدا بعدم الضرر، بل انما هو من جهه التخلف بالشرط الضمنى و عليه فيثبت له الخيار بمجرّد طول المده و ان لم يتضرر المشترى، بل كان عدم الفراغ على نفعه كما إذا كان فى مسافره فلو حصل الفراغ لم يكن أحد حافظا للمبيع و هذا واضح لا شبهه فيه و يجب على البائع ح أن يعطى الأجره فى المده التى اشغلها على تقدير عدم فسخ المشترى و عدم رضاه بالبقاء مجانا كما هو واضح، و لا يفرق فى ذلک بين أن يكون عدم الإفراغ عن قصور أو عن تقصير فما ذكره المصنف من الجزم بالخيار فى الثانى دون الأول لا وجه له فان التصرف فى مال الغير لا يجوز على كل تقدير و معه يكون ضامنا له سواء فوت عينه أو منفعته كما هو واضح، ففى المقام حيث فوت منفعه مال الغير فيكون عليه ضمانها.

ثم ان هذه الفروع فى فرض جهل المشترى بالواقع و الّا فمع علمه يكون المبيع مشغوله و مع ذلک أقدم على الشراء مع علمه بأنه لا يحصل الفراغ الى شهر لا يكون له الخيار الّا مع تسامح البائع بأزيد من ذلک، و قد يقال انه إذا كان المشترى غافلا عن كون المبيع مشغولا و أقدم على الشراء ثم انكشف أنه كان مشغولا فإنه لا يكون له الأجره فى ذلک لأنه مثل أن تكون العين مستأجره فكما

ليس للمشترى مطالبه الأجره على ذلك فى مده الإجاره و كذلك ليس له الأجره مع انكشاف كون المبيع مشغولا بمال البائع، نعم يثبت له الخيار فقط من ناحيه تخلف الشرط و لكنه واضح الفساد بداهه أن مقتض كون العين و جميع منافعها مملوكه للمشترى بالبيع، فلا بد للبائع أن يخرج من عده ماله مع إتلاف شى ء منها، و لو كان هى المنفعه و لا يقاس ذلك بكون العين مستأجره

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٧، ص: ٥٩٧

فإن المنفعه لم تكن داخله فى ملك المشترى حتى يكون ضمان تفويتها على البائع، بل كانت حين البيع مملوكه لشخص آخر و هذا بخلاف المقام، فإن المنفعه هنا كأصل العين صارت مملوكه للمشترى بواسطه البيع فتفويتها يوجب الضمان كما لا يخفى.

و على الجمله فإذا كانت العين مشغوله بمال البائع مثلا مده معتده بها لا بما يتسامح عرفا كان للمشترى خيار تخلف الشرط و على تقدير عدم الفسخ يستحق الأجره فى مده عدم الفراغ كما هو واضح.

ثم انه لو اشترى أحد أرضا و علم كونها مشغوله بالزرع و الأشجار فلا شى ء على البائع كما فى الفرع الأول.

و ان لم يعلم بذلك فهل يكون المشترى مخيرا بين قلعها و إبقائها، أو يتخير البائع فى ذلك، و قد يقال ان قلع الأشجار أو الزرع ضرر على البائع فيكون مرفوعا بدليل نفى الضرر و يكون هو مخيرا بين القلع و الإبقاء و لكن يرد عليه أن دليل نفى الضرر لا يشمل المقام فإنه معارض بكون البقاء ضررا على المشترى فلا يشمل دليل نفى الضرر لمورد يكون فيه ضرر الغير لكونه فى مقام الامتنان.

و دعوى أن ضرر المشترى متدارك بالخيار دون البائع دعوى فاسده، لأنا

ذكرنـا مرارا أن دليـل نفى الضـرر انما يرفع الضـرر الحكم الضـررى الـذى يتوجه الضـرر منه الى الشـخص و لا نظر فيه الى كون الضـرر متداركا بحكم آخر و الّا فيمكن أن يتدارک ضرر البائع من بيت المال بأن يلتزم بحديث نفى الضرر بوجوب إعطاء ضرر البائع من بيت المال.

و على الجمله أن حديث نفى الضرر وارد فى مورد نفى الضرر الناشى من قبل الحكم الشرعى من غير ملاحظه أنه يتدارک بشى ء آخر أم لا؟ فلا نظر له بوجه الى تداركه بشى ء أصلا فالاختيار فى القلع و الإبقاء للمشترى لأنه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۹۸

مسلط على ماله، فليس لأحد أن يزاحمه فى تصرفاته السائغه بأى نحو من أنحاء المنع.

ثم انه لو رضـى المشترى ببقاء الزرع و الأشـجار فى الأرض فهل يسـتحق الأجره بـذلک أم لا؟ الظاهر هو الاسـتحقاق لأنه مالک لمنفعه الأرض فتفويتها موجب للضـمان و لا يصح قياس المقام ببيع الدار و انكشاف كونها مسـتأجره فإن المنفعه هناک مملوكه لشخص آخر بخلاف المقام كما عرفت.

ثم انه إذا قلع البائع زرعه و أشـجاه فلا بـدّ له أن يطم مواضـعها و يصـلح الأرض لأنه نشأ من قبله فلا بـدّ له إصـلاحه، و لكن هنا نزاع فى أن مثل هـذه النواقص التى أوردها شـخص على مال غيره هل هى من قبيل القيميات أو المثليات و من هـذا القبيل كسـر زجـاجه الغير و نحو ذلـک، الظـاهر أنه يختلف ذلک باختلاف الموارد فلا يبعـد أن يكون الزجاجه من قبيل المثليات لأنه يمكن عرفـا اعـاده مثـل الأول فلو كسـر أحـد زجاجه شـباک أحـد فعليه أن يعيـد مثله، و فى مثل تخريب القبه و نحوها يحكم بوجوب القيمه ظاهرا، فان

الظاهر أنها من القيميات لأنه لا يمكن عاده إعاده مثل القبه الأولى لاختلافها اختلافا فاحشا من حيث الجدد و العتاقه و جوده المواد و الأساس، و ردائتها و غير ذلك من الجهات الموجبه للاختلاف كما هو واضح فافهم.

قوله: لو امتنع البائع من التسلم.

أقول: يقع الكلام هنا فى مقامين: الأول أن يكون امتناع البائع من التسليم لحق و هذا على نحوين:- الأول: أن يكون البحث فى ذلك من حيث استحقاق المشترى الأجره و الثانى من حيث الآثار الوضعيه.

أما الأوّل: فقد يقال بأن المشترى يستحق الأجره للمبيع لأن البائع إنما فوّت عليه منافع العين و هى مملوكه للمشترى فيكون ضامنا لها فلا بدّ و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۵۹۹

أن يعطى الأجره له و لكنه واضح البطلان بداهه أنه بعد كون الامتناع عن حق فلا يكون ضامنا للأجره أيضا و يكون اشتراط عدم التسليم وسيله لتقييد بناء العقلاء على الضمان كما هو واضح.

و أما الآثار الوضعيه فهو أن نفقه المبيع هل هى على البائع فى ضمن الحفظ أو على المشترى فذكر فى جامع المقاصد أنها فى المقام كنفقه الزوجه على الزوج فكما أن امتناع الزوجه عن الزوج لا تكون موجبه لسقوط نفقه و هكذا فى المقام ثم احتمل العدم و الظاهر هو الأول و لكن ثبوت النفقه على المالك هنا بملاك المالكيه فإن نفقه المال على مالكه و فى الزوجيه بملاك الزوجيه و لم يرد للأول تخصيص إلّا إذا كان الأخذ غاصبا و فى الثانى قد خرج عنه النفقه حال النشوز فإنه ليست نفقه الزوجه على الزوج ح و لكن فى غير حال النشوز لم يرد تخصيص كما هو واضح.

و أما المقام الثانى و هو أن يكون عدم التسليم لحق

فلا شبهه هنا فی ثبوت الأجره علی البائع فی زمان عدم التسلیم کأن باع دارا من زید و سلّم زید الثمن و البائع لم یسلّم المبیع، فإنه یثبت له الأجره فی هذا الزمان علی البائع.

و أما الحکم الوضعی فأیضا لا شبهه فی ترتبه علیه ککون النفقه علی البائع فإن الغاصب ملزم بحفظ مال المالک و رده الیه فکل ما یصرف فی طریق الحفظ فیکون علیه، و قد ذکر ذلک فی صحیحه أبی ولاد المتقدمه فی باب الضمان بالمثل أو القیمه و هو موافق للقواعد أیضا، لأنک عرفت أن حفظ مال المغصوب علی الغاصب ما دام تحت یده بمقتضی دلیل الید و ما ذکره المصنف فی المتین من أن مقتضی القاعده ان نفقته علی المشتری اما زائدا أصلا أو سقطت عنه کلمه لیست أی ان مقتضی القاعده أن نفقته لیست علی المشتری و الّا فنفی المصنف، قد ذکر ذلک فی باب الضمان بالمثل و حکم هناک بأن

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۶۰۰

النفقه علی الغاصب و لیست للمقام خصوصیه تقتضی کون النفقه علی المشتری کما هو واضح، هذا کله فی فرض أن لا یکون البائع شاغلا للمبیع و الّا فثبوت الأجره علیه بلا شک و ریب کما هو واضح.

[الکلام فی أحکام القبض]

قوله: مسأله من أحکام القبض انتقال الضمان ممن نقله الی القابض.

أقول: ذکر الفقهاء أن من أحکام القبض اللاحق علیه أن یکون الضمان مع التلف علی البائع بل لا خلاف فی ذلک بینهم و الکلام فی مدرک ذلک، و قد استدل علیه بالنبوی المشهور التلف قبل القبض من البائع و فیه أن هذه الروایه نبویه غیر منقوله من طرقنا فلا تکون حجه و علی تقدیر استناد المشهور بها قلنا ان الشهره لا توجب انجبار ضعف الروایه. و

قد استدل أيضا بروايه عقبه بن خالد الداله على كون الضمان على البائع حتى يخرج المال من بيته، و يقبضه من المشترى، و لكن هذه الروايه أيضا ضعيفه السند و غير منجبره بعمل المشهور صغرى و كبرى و قد يستدل على ذلك بالإجماع و لكنه أيضا ليس بحجه لأن مدركه هو القطع بقول الامام عليه السلام و منشأه اما دخوله بالمجمعين و هو غير معلوم أو قاعده اللطف و هى غير تامه أو الحدث القطعى و هو أيضا غير معلوم إذ لا نعلم ان الحكم الذى وصل إلينا يدا بيد أنه بإمضاء الإمام عليه السلام و رضائه بذلك و لعل القائلين بذلك استندوا بعضهم بالنبوى كما فى كتب الاستدلاليه و بعضهم بروايه عقبه بن خالد و بعضهم بالشهره و بمجرّد أنه رأى المسأله مشهوره بين الأصحاب ذهب اليه تبعا لهم فيكون الإجماع أيضا ساقطا فى المقام و العمده هو التمسك بالسيره التى نسميها بالدليل الرابع نوعا لا- من جهه كونها فى المقام دليلا- رابعا، بل من جهه الاصطلاح كالدليل الانسدادى المسمى بالدليل الرابع.

و توضيح ذلك أن الدائر بين الناس بل ما يجرى عليه بنائهم أن التسليم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٧، ص: ٦٠١

و التسالم فى المعاملات من مكملات الملكيه بحيث أن العرف يرى إجمالا عدم حصول الملكيه قبل التسليم و التسالم و لذا يعبر عن ذلك فى الفارسيه بلفظ «داد و ستد» و نعم التعبير هو و على هذا فإذا تلف المبيع قبل التسليم و التسلم يكون التلف من البائع فإن ملكيه المشترى لم تتم بعد على العين و ان كان مملوكا له فى الجمله.

و بعباره أخرى ان البيع يفيد الملكيه و التسلم ليس شرطا

فيه و لكن السيره قائمه على كون التسليم من مكملات البيع بمعنى أنه ينحل بدون التسليم فيكون شأن السيره شأن النبوى الدال على أن التلف قبل القبض من مال بايعه لا أن الملكيه ناقصه بدون التسليم.

و بعباره ثالثه أن الملكيه مقيده بالانفساخ الحاصل بالتلف فيكون كتقيد الملكيه بالفسخ فى مورد الخيار و لا نقول أن التسليم و التسلم من شرائط حصول الملكيه، بل نقول أن السيره قائمه على أن المشترى لا يلزم بدفع الثمن قبل دفع البائع المثمن اليه، بل يقول ما أعطيت لى شيئا حتى أعطيك الثمن و الّا فالملكيه حاصله حتى لو لم تكن هذه السيره لكان التلف من المشترى لأنه ماله و هذا ثمره واضحه فإنه بناء على كون المدرك هو السيره فلا يفرق فى كون التلف قبل القبض على المالك الأول بين أن يكون التالف هو الثمن أو المثمن فإن السيره موجوده فيهما و أما بناء على كون المدرك هو الروايه أو الإجماع فينحصر الحكم بالمبيع أما الروايه فلان المذكور فيها هو المبيع فلا يتعدى الى الثمن، بل يقتصر فيما خالف الأصل على موضع النص و أما الإجماع فلان المتيقن منه هو ذلك و أيضا تظهر الثمره فيما إذا خلى البائع بين المشترى و المبيع و لم يأخذه المشترى حتى تلف فإنه بناء على كون المدرك هو السيره يكون الضمان على المشترى لأن المتيقن منها هو صوره كون المال تحت يد البائع و قد رفع اليد عنه و ان لم يحصل القبض لما ذكرنا سابقا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۶۰۲

أن القبض عباره عن الاستعلاء الذى يحصل به الغصب و لا شبهه أن مجرّد التخليه لا يحقق القبض كما لا

يخفى. و هذا بخلاف ما إذا كان المدرک هو الروايه فإن المذكور فيها هو القبض و هو لا يتحقق بالتخليه كما عرفت.

و أيضا تظهر الثمره فيما إذا قبض المشترى قهرا على البائع بحيث لم يصدق القبض و لم يتحقق فيكون التلف ح أيضا على المشترى بناء على كون المدرک هو السيره لأن المتيقن منها هو كون التلف تحت يد البائع و لم يتلف المال هنا تحت يده و هذا بخلاف ما إذا كان الدليل هو الروايه فإن الظاهر منها أن يكون التلف على البائع ما لم يتحقق القبض و المفروض أنه لم يتحقق هنا كما لا يخفى، فافهم.

و هذا كله إذا كان التلف سماويا و أما إذا كان ذلک بفعل متلف فهل يكون ذلک أيضا من البائع و يحسب عليه أو من المشترى أو من المتلف فنقول ان المتلف قد يكون هو المشترى نفسه و قد يكون هو البائع و قد يكون هو الأجنبى أما إذا كان المتلف هو المشترى نفسه فالظاهر أنه لا خلاف فى ثبوت الضمان على المشترى فلا يحكم بانفساخ العقد ليكون التالف على البائع و ذلک من جهه أن المشترى قد أتلف مال نفسه فيكون ضمانه عليه على ما تقتضيه القاعده و النبوى و هكذا روايه عقبه منصرفات عن هذه الصوره قطعا و الإجماع دليل لبّى لا يشمل المقام و السيره قائمه على ضمان المشترى فضلا عن قيامها على ضمان البائع و لا يفرق فى ذلک بين علم المشترى بكون المبيع ماله و بين جهله بالحال فان العلم و الجهل فى باب الضمانات غير مؤثر فى الفرق.

نعم يفرق بين العلم و الجهل إذا كان المشترى مقدما على الإتلاف بتغرير البائع بأن

أقدم البائع الطعام المشترى على المشترى فأكله المشترى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۶۰۳

فيكون المتلف هنا هو البائع بقاعده الغرر فان المتلف هو الغار الذى هو البائع و المشترى لم يقدم على إتلاف ماله، بل أقدم على إتلاف مال البائع مجانا هذا فى غايه الوضوح مع علم البائع بالحال.

و أما مع جهله بالحال، فقد احتمل المصنف فيه وجهان و لكن الظاهر أن لا يفرق بين علم البائع بالحال و جهله بها فإنه على كل تقدير لم يقدم المشترى على إتلاف ماله، بل على إتلاف مال البائع مجانا و أن السبب فى ذلك هو تقديم البائع ذلك اليه و على هذا فيكون ذلك من صغريات إتلاف البائع و سيأتى حكمه إنشاء اللّه تعالى.

و على الجمله فلا وجه لضمان المشترى مع كون البائع غارا له فى الإتلاف كما هو كك، فى غير المقام أيضا كما إذا أودع أحد وديعه عند شخص فقدم الودعى الأمانه على المستودع فأتلفه المستودع فإنه و ان أتلف فى الواقع مال نفسه، و لكن ذلك بإغراء الودعى فيكون الودعى ضامنا و هكذا و هكذا.

و أما لو كان المتلف هو البائع الذى من مصاديق إتلافه ما تقدم من كونه غارا للمشترى للإقدام بالإتلاف، فهل يكون يحكم بانفساخ العقد كما عن المبسوط و الشرائع و التحرير لعموم ان التلف قبل القبض من مال البائع بذلك أو يحكم بضمان البائع للقيمه لخروج المورد عن منصرف دليل الانفساخ فيدخل تحت قاعده من أتلف مال الغير فهو له ضامن، أو تكون المشترى مخيرا بين مطالبه القيمه و مطالبه الثمن اما لتحقق سبب الانفساخ و هو من جهه التلف قبل القبض المقتضى للانفساخ و سبب الضمان المقتضى للضمان

فيتخير المشترى فى اختيار أى منها أو يقال بالتخيير بوجه آخر، بان يقال ان التلف على هذا الوجه إذا خرج عن منصرف دليل الانفساخ فيكون ذلك داخلا تحت حكم تعذر تسليم المبيع فيكون المشترى مخيرا بين أخذ عوض المبيع من المثل أو القيمه و بين أن يفسخ العقد و يرجع الى عين الثمن الذى أعطاه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۶۰۴

للبائع و هذا ملخّص ما ذكره المصنف و كل ذلك محتمل الّا التخيير على الوجه الأول بأن يكون المشترى مخيرا بين الانفساخ و الأخذ بقيمه المبيع، بل هو غير معقول بداهه أن انفساخ العقد أمر عارض لطبع العقد من بعض العوارض فلا يكون هو مربوطا باختيار أحد المتبايعين و معه فكيف يعقل كون المشترى مخيرا بين الانفساخ و أخذ قيمه المبيع.

و بعباره أخرى أنه مع انفساخ العقد لا يبقى مجال لاختيار المشترى كما هو واضح، بل يتعين ذلك، نعم القول بتخير المشترى على النحو الثانى الذى ذكره المصنف ثانيا، و قواه متين فان المال التالف مال للمشترى فله أن يرجع الى البائع لكونه متلفا و من أتلف مال الغير فهو له ضامن و له أن يفسخ العقد لأنه ثبت له خيار تخلف الشرط الثابت بحسب بناء العقلاء ضمنا و هو تحقق التسليم و التسلم و من الواضح أنه لو يتحقق التسليم من البائع بتعذر فيكون للمشترى خيار تعذر التسليم.

ثم انه على القول بثبوت الخيار للمشترى و اختياره أن يأخذ قيمه المبيع أو مع القول بثبوت الضمان من الأول لقاعده الضمان بالإتلاف و عدم شمول قاعده التلف قبل القبض له لانصرافه عن ذلك فرجع الى البائع فهل للبائع أن يمتنع عن الأداء قبل أخذ الثمن

أو لا بدّ له من الأداء فذكر المصنف وجهين من أنها بدل عن العين و من أن دليل الحبس و هو الانفهام يختص بالبدل ثم ذكر أن أقواهما العدم، و لكن الظاهر أنه لا شبهه فى جواز حبس البدل ما لم يرد اليه الثمن فان مقتضى قانون الضمان بالبدل هو ذلک بداهه أن دليل الضمان يقتضى الضمان بالعين ابتداء و مع عدم التمكن من أداء العين فيقتضى الضمان بالمثل ثم الضمان بالقيمه و عليه فيثبت للبدل كلما ثبت للأصل لا أنه يحكم فى البدل بوجوب الدفع فورا، بل السيره أيضا تقتضى ذلک الحكم فإنها قائمه على أنه ليس للمشترى قبل أن يعطى الثمن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۶۰۵

أن يطالب المثمن من البائع، بل يضحک عليه لو فعل ذلک.

و أما لو كان المتلف هو الأجنبى فيكون المشترى مخيرا بين أن يرجع الى البائع أو الى المتلف، كما فى تعاقب الأيدى فى الغصب، أما الى البائع فلأنه لم يقبض ماله بعد و أما الى المتلف فلا أنه أتلف ماله، و أما التخير بين الانفساخ و الرجوع الى القيمه فقد تقدم أنه غير معقول كما هو واضح.

و قد اتضح لک مما ذكرناه من جعل الدليل على كون ضمان التالف على من تلف العوض عنده أنه لا يفرق فى ذلک بين الثمن و المثمن و لا بين البيع و بقيه المعاملات المعاوضيه و ان ذكر المصنف انى لم أجد مصرحا بذلک فإن السيره جاريه فى كلها فان الغرض من المعاوضه هو الأخذ و الإعطاء الذى يعبر عنه بالفارسيه (به داد و ستد) و يقال فى العرف و بين أهل السوق أنک لم تعطى لى شيئا حتى تأخذ

شیئا آخر فی مقابله.

و علی الجمله فالتلف قبل القبض فی جمیع ذلک علی حین تلف التالف عنده کما ذهب الیه المشهور، بل ذکروا الضمان فی صداق النکاح و عوض الخلع و لکن وقع الکلام فیها فی أن الضمان فی بقیه المعاملات المعاوضیه هو انفساخ العقد و من الواضح أن النکاح و الخلع غیر قابلین للانفساخ و لکن ذکر الفقهاء الضمان فی ذلک و الظاهر أنه وقع الخلط هنا بین الضمان فی التلف قبل القبض الذی هو کون التلف علی المالک الأول و انفساخ العقد به أی بالتلف لأن معنی الضمان هو أن قیمه التالف أو مثله یثبت للمالک الأول و هذا بخلاف الضمان فی مثل الخلع و الصداق فان الضمان هنا ضمان ید أی کون التلف موجبا لثبوت الضمان علی ذی الید، اما من جهه قاعده الضمان بالید أو بدلیل آخر، و عین ذلک ذکروا فی المقبوض بالسوم، إذا تلف فی ید من یرید الشراء ففی أمثال ذلک لا یمکن الحکم بالضمان بالدلیل

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۷، ص: ۶۰۶

الذی حکمنا بالضمان فی التلف قبل القبض فی المعاملات المعاوضیه لما عرفت، بل لا بدّ من طلب دلیل آخر و حیث انه لیس هنا دلیل غیر قاعده الید و قاعده الضمان بالإتلاف فیشکل الحکم بالضمان لأن قاعده الید لا تشمل المقام، فان الظاهر منها أن یکون هنا أخذ من الغیر و اعتداء علیه و لیس هنا کذلک، بل مقتضی القاعده هو أن یکون تلف مال کل شخص علی مالکه، ففی المقام أیضا کذلک و أما ید ذی الید لیست الّا ید أمانه و کذلک قاعده الضمان بالإتلاف فإنها أیضا لا تشمل المقام لأن من بیده المال

لم يتلف المال كما هو واضح، بل تلف المال بآفه سماويه.

قوله: لو تلف بعض المبيع قبل قبضه.

أقول: لا شبهه أن البيع منحل الى البيوع المتعدده حسب تعدد المبيع و ان كان كل بيع يحسب جزء من مجموع المبيع و لكنه لا ينافى الانحلال فى الحقيقه و حسبان المجموع مبيعا واحدا من جهه المسامحه كما هو واضح و عليه فما ذكرناه من قيام السيره على كون التسليم من مكملات البيع جار فى أجزاء المبيع أيضا فإن العرف لا يرون البيع تماما ما دام لم يقع التسليم و التسالم فيه و هذا لا شبهه فيه.

نعم، يمكن المناقشه فيه بناء على ما ذكره المصنف من كون مدرك الحكم هو الإجماع أو الروايه أما الإجماع فإن تحصيل قول الامام عليه السلام فى أصل المسأله كان مشكلا فضلا فى المقام، و أما الروايه فلأن الظاهر منها تمام المبيع لا الجزء، ثم انه بعد انفساخ العقد فى الجزء يكون للمشترى خيار تبعض الصفقه، بل يمكن القول بثبوت الخيار للبائع أيضا (و لكنه يمكن دفعه بأنه بناء على الانحلال يكون الأبعاض أيضا مبيعا المقرر) هذا كله فى الاجزاء التى تلاحظ بعنوان المبيعيه بحيث يكون ذلك مبيعا مستقلا بعد الانحلال و أما الاجزاء التى هى أجزاء لذات المبيع لا للمبيع بعنوان المبيعه بمعنى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۶۰۷

أن الملحوظ فى المقام كون ذات الشى ء مبيعا مع قطع النظر عن اجزائه بحيث لا يسقط الثمن الى الأجزاء و الّا فلا معنى لكون الجزء جزء للمبيع و مع ذلك لا تقسط اليه الثمن و النكته فى عدم التقسيط هذا كما لا يخفى و لا شبهه فى عدم الانحلال هنا و عليه فلا نحكم بالانفساخ فى صوره ورود العيب

به قبل القبض و ملحق بذلك فوت كل وصف يكون وصف الصحه للمبيع دون الأوصاف الكماليه و لكن هل يثبت الرد و الأرش للمشترى فيكون مخيرا بينهما أو الرد فقط دون الأرش، أو العكس، أو لا يثبت شى ء منها، فالمقام كما ذكره المصنف من صغريات العيب الحادث بعد البيع و قبل القبض فان قلنا بأنه مثل العيب الحادث قبل البيع فيثبت الأرش و الرد و الّا فلا بدّ من طلب دليل آخر عليهما و لكن حيث لا دليل على كونه مثله فلا بدّ من مطالبه دليل آخر.

فنقول أما الأرش فهو على خلاف القاعده فإن التعيب انما كان فى ملكه نفسه فلا معنى لكون الغرامه على شخص آخر و الدليل الدال على ثبوته فى مورده لا- يدل على ثبوته فى المقام فإنه دل على أن كل مبيع فيه عيب أو عوار فعهدته على البائع و من الواضح أن المبيع ليس فيه عيب أو عوار، و انما العيب فى مملوك المشترى.

و أما الرد فقد يقال بأن الانفساخ قد ثبت فى الكل فيكون ثابتا فى فقدان الأوصاف الصحه أيضا، و لكن على نحو يناسب لها و فيه أنه قياس محض فلا- نقول به (على أن أصل القياس هنا ليس بتمام فان القياس يقتضى الانفساخ فلا يمكن الانفساخ فى أوصاف الصحه المقرر) و قد استدل المصنف على ثبوت الرد بقاعده نفى الضرر و لكنه فاسد فإنه كما يكون عدم ثبوت الرد ضررا على المشترى فيكون ثبوت الرد أيضا ضررا على البائع فقاعده لا- ضرر خارجه عن أمثال المقام و دعوى انجبار ضرر المشترى بالخيار دون البائع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۷، ص: ۶۰۸

دعوى فاسده كما تقدم ذلك.

و قد استدل

بعين هـذا العلامه على ثبوت الأرش أيضا و قـد ظهر جوابه على أن مقتضـى التمسک بدليل نفى الضـرر هو أن يؤخذ الأرش من شخص آخر أيضا، فلا معنى لاختصاص الأخـذ من البائع فإنه لا فرق بينه و بين شـخص آخر، الّا مجرّد أن البائع باع هذا المبيع و الّا فهو بالفعل أجنبى عنه كبقيه الأشـخاص و أيضا مقتضـى التمسک بدليل نفى الضـرر فى إثبات الأرش أو الرد هو ثبوت ذلک بعد القبض أيضا، فإن كون المبيع معيوبا ضرر على المشترى و لو كان التعيب بعد القبض مع أنه لم يقل به أحد.

نعم هنـا دليـل ثالث يمكن إثبات جواز الرد به دون الأرش لأن ثبوت الأرش فى مورده على خلاف القاعـده فيقتصـر فيه بمورده فلا يتعدى الى غيره و ليس هنا دليل آخر تثبت الأرش به كما تقدم.

و توضـيح ذلـک الـدليل الثالث الـدال على ثبوت الرد هو أن بناء العقلاء انما على كون تسـليم كل من الثمن و المثمن على نحو صحيـح و غير معيوب و لا شـبهه أن هذا معتبر فى ضـمن العقد بحسب بناء العقلاء فإذا تعيب ذلک و لو كان بعد البيع فلا يكون التسـليم تسليما صحيحا فيثبت للمشترى فى المقام خيار تعذر التسليم فله أن يفسخ العقد و له أن يرضى به بلا ثبوت أرش له كما هو واضح.

ثم ان هذا كله فيما إذا تعيب المبيع قبل القبض بآفه سماويه أو ما هو بحكمها كافتراس الأسد ذلک و نحوه.

و أما لو كان التعيب بواسطه إتلاف المتلف فان كان هو المشترى فلا يثبت له الأرش و لا الرد لأنه أورد العيب فى ماله فلا يكون له شى ء فى ذلک و ان كان هو

البائع أو شخص آخر، فذكر المصنف أنه يثبت للمشترى على البائع أرش الجنايه دون الخيار، ثم احتمل ثبوت الخيار أيضا، أما ثبوت

الأرش فلا شبهه فى ذلك لأن الجانى ضامن لما أحدثه من العيب فى مال الغير لبناء العقلاء على ذلك، و أما الخيار فهو من جهه أن بناء العقلاء فى المعاملات على التسليم الصحيح و المفروض أنه متعذر هنا لتعيب المبيع فيثبت له خيار تعذر التسليم.

و على الجمله الظاهر أنه لا شبهه فى ثبوت الأرش و الخيار على نحو التخيير فى هذه الصوره ثم مع كون المتلف هو غير البائع فللمشترى أن يرجع فى أرش الجنايه إلى البائع أو الى شخص الجانى و إذا رجع الى البائع فهو يرجع الى الجانى، أما رجوعه أى المشترى الى البائع من جهه أنه الموظف بالتسليم و أما الى الجانى لأنه أورد النقص فى ماله.

و الحمد للّه رب العالمين، قد وقع الفراغ من المكاسب صبيحه يوم الاثنين ۶- ع ۱- سنه ۱۳۷۷ ه.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ۷ جلد، ه ق

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمیة للدراسات الکمبیوترية فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیة والثقافیة والعلمیة معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیة.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراکز القائمة بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیة وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الکمبیوترية فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیة وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الکترونیة من الکتب والمقالات العلمیة والدراسات المفیدة وهی منظمة فی برامج إلکترونیة وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.

وتحاول المؤسسة تقدیم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمیة البحتة البعیدة من التعصبات الشخصیة والاجتماعیة والسیاسیة والقومیة وعلی أساس خطة تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرة من جمیع مراکز الشیعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامیة وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام

تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدینیة

تنزیل البرامج المفیدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمیة والجامعات

توسیع عام لفکرة المطالعة

تهمید الأرضیة لتحریض المنشورات والکتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الکترونیة

السیاسات:

مراعاة القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیة

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراکز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتینیة وتکرار المحاولات السابقة

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذکر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات

من الواضح أن یتحمل المؤلف مسؤولیهٔ العمل.

نشاطات المؤسسهٔ:

طبع الکتب والملزمات والدوریات

إقامهٔ المسابقات فی مطالعهٔ الکتب

إقامهٔ المعارض الالکترونیهٔ: المعارض الثلاثیهٔ الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمکنهٔ الدینیهٔ والسیاحیهٔ

إنتاج الأفلام الکرتونیهٔ والألعاب الکمبیوتریهٔ

افتتاح موقع القائمیهٔ الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافیهٔ وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلهٔ والاستفسارات الدینیهٔ والأخلاقیهٔ والاعتقادیهٔ والردّ علیها

تصمیم الأجهزهٔ الخاصهٔ بالمحاسبهٔ، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ویب کیوسک kiosk، الرسالهٔ القصیرهٔ ((sms

إقامهٔ الدورات التعلیمیهٔ الالکترونیهٔ لعموم الناس

إقامهٔ الدورات الالکترونیهٔ لتدریب المعلمین

إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسهٔ وتطبیقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ویمکن تحمیلها علی ٨ أنظمهٔ؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.۴

PDF.۵

HTML.۶

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ۴ الأسواق الإلکترونیهٔ للکتاب علی موقع القائمیهٔ ویمکن تحمیلها علی الأنظمهٔ التالیهٔ

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.۴

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربیهٔ والانجلیزیهٔ والفارسیهٔ

الکلمهٔ الأخیرهٔ

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فى تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزى

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونى : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزى ٠٣١٣۴۴٩٠١٢۵

هاتف المكتب فى طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.


مركز
القائمية
اصبهان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
www
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاء من فضلكم
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹